A/CN.4/SER.A/2005

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

2005

Volume I

Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-septième session 2 mai-3 juin et 11 juillet-5 août 2005

NATIONS UNIES
New York et Genève, 2011

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 titre de l'*Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...* suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire... 2005*).

Pour chaque session de la Commission du droit international, l'*Annuaire* comprend deux volumes:

Volume I: comptes rendus analytiques des séances de la session;

Volume II (1re partie): rapports des rapporteurs spéciaux et autres documents examinés au cours de la session;

Volume II (2e partie): rapport de la Commission à l'Assemblée générale.

Les références à ces ouvrages et les extraits qui en sont donnés se rapportent au texte définitif des volumes de l'*Annuaire* paraissant sous forme de publications des Nations Unies.

*

* *

Le présent volume comprend les comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-septième session de la Commission (A/CN.4/SR.2831 à A/CN.4/SR.2866), avec les rectifications communiquées par les membres de la Commission et toutes autres modifications exigées par les travaux d'édition.

A/CN.4/SER.A/2005

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente: F.11.V.3
ISBN: 978-92-1-233501-8

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Membres de la Commission ..... **vi**
Bureau ..... **vi**
Ordre du jour ..... **vii**
Abréviations et sigles ..... **viii**
Affaires citées dans le présent volume ..... **ix**
Instruments multilatéraux cités dans le présent volume ..... **xiii**
Répertoire des documents de la cinquante-septième session ... **xvii**

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES
DES 2831e À 2866e SÉANCES

Comptes rendus analytiques des séances de la première partie de la cinquante-septième session tenue à Genève du 2 mai au 3 juin 2005

2831e séance

Lundi 2 mai 2005, à 15 h 10

Ouverture de la session 1
Hommage à la mémoire de Robert Rosenstock 1
Élection du bureau 1
Adoption de l'ordre du jour 2
Organisation des travaux de la session 2
Ressources naturelles partagées 2
Troisième rapport du Rapporteur spécial 2

2832e séance

Mardi 3 mai 2005, à 10 h 5

Ressources naturelles partagées (*suite*) 4
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 4
Organisation des travaux de la session (*suite*) 11

2833e séance

Mercredi 4 mai 2005, à 10 heures

Ressources naturelles partagées (*suite*) 12
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 12
Organisation des travaux de la session (*suite*) 18

2834e séance

Vendredi 6 mai 2005, à 10 heures

Ressources naturelles partagées (*suite*) 18
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 18
Effets des conflits armés sur les traités 25
Premier rapport du Rapporteur spécial 25
Organisation des travaux de la session (*suite*) 27

2835e séance

Mardi 10 mai 2005, à 10 heures

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) 27
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 27
Ressources naturelles partagées (*suite*) 29
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 29

2836e séance

Mercredi 11 mai 2005, à 10 h 15

Ressources naturelles partagées (*suite*) 35
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*fin*) 35
Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) 38
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 38
Organisation des travaux de la session (*suite*) 44

Pages

2837e séance

Jeudi 12 mai 2005, à 10 heures

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) 45
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 45

2838e séance

Vendredi 13 mai 2005, à 10 h 5

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) 51
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 51

2839e séance

Mardi 17 mai 2005, à 10 heures

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) 60
Premier rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 60
Responsabilité des organisations internationales 67
Troisième rapport du Rapporteur spécial 67

2840e séance

Mercredi 18 mai 2005, à 10 heures

Effets des conflits armés sur les traités (*fin*) 69
Premier rapport du Rapporteur spécial (*fin*) 69
Responsabilité des organisations internationales (*suite*) 73
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 73
Organisation des travaux de la session (*suite*) 79

2841e séance

Jeudi 19 mai 2005, à 10 heures

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) 79
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 79

2842e séance

Vendredi 20 mai 2005, à 10 h 5

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) 86
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 86
Les réserves aux traités 93
Rapport du Comité de rédaction 93

2843e séance

Mardi 24 mai 2005, à 10 heures

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) 95
Troisième rapport du Rapporteur spécial (*fin*) 95

2844e séance

Mercredi 25 mai 2005, à 10 h 5

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) 103
Rapport oral du Président du Groupe de travail 103
Protection diplomatique 104
Sixième rapport du Rapporteur spécial 104
Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique 107
Organisation des travaux de la session (*suite*) 113

2845e séance

Vendredi 27 mai 2005, à 10 h 10

Protection diplomatique (*suite*) 114
Sixième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 114

Pages

2846e séance

Mardi 31 mai 2005, à 10 h 5

Protection diplomatique (*fin*) 116
Sixième rapport du Rapporteur spécial (*fin*) 116

2847e séance

Mercredi 1er juin 2005, à 10 heures

Coopération avec d'autres organismes 122
Déclaration de l'Observatrice du Comité juridique interaméricain 122

2848e séance

Vendredi 3 juin 2005, à 10 h 5

Responsabilité des organisations internationales (*fin*) 126
Rapport du Comité de rédaction 126
Organisation des travaux de la session (*suite*) 130

Comptes rendus analytiques des séances de la seconde partie de la cinquante-septième session tenue à Genève du 11 juillet au 5 août 2005

2849e séance

Lundi 11 juillet 2005, à 15 heures

Hommage à la mémoire de M. Qizhi He 131
Expulsion des étrangers 131
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial 131

2850e séance

Mercredi 13 juillet 2005, à 10 h 5

Coopération avec d'autres organismes (*suite*) 134
Expulsion des étrangers (*suite*) 134
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial (*suite*) 134

2851e séance

Jeudi 14 juillet 2005, à 10 heures

Coopération avec d'autres organismes (*suite*) 143
Visite du Président de la Cour internationale de Justice ... 143
Expulsion des étrangers (*suite*) 149
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial (*suite*) 149

2852e séance

Vendredi 15 juillet 2005, à 10 h 5

Expulsion des étrangers (*fin*) 151
Rapport préliminaire du Rapporteur spécial (*fin*) 151
Actes unilatéraux des États 159
Huitième rapport du Rapporteur spécial 159

2853e séance

Mardi 19 juillet 2005, à 10 h 5

Actes unilatéraux des États (*suite*) 160
Huitième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 160
Coopération avec d'autres organismes (*suite*) 164
Visite du Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique 164

2854e séance

Mercredi 20 juillet 2005, à 10 h 5

Actes unilatéraux des États (*suite*) 168
Huitième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 168
Les réserves aux traités (*suite*) 174
Dixième rapport du Rapporteur spécial 174

2855e séance

Jeudi 21 juillet 2005, à 10 h 5

Actes unilatéraux des États (*suite*) 179
Huitième rapport du Rapporteur spécial (*fin*) 179

Pages

2856e séance

Vendredi 22 juillet 2005, à 10 h 5

Les réserves aux traités (*suite*) 186
Dixième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 186

2857e séance

Mardi 26 juillet 2005, à 10 h 5

Les réserves aux traités (*suite*) 196
Dixième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 196

2858e séance

Mercredi 27 juillet 2005, à 10 h 5

Les réserves aux traités (*suite*) 202
Dixième rapport du Rapporteur spécial (*suite*) 202

2859e séance

Jeudi 28 juillet 2005, à 10 h 5

Les réserves aux traités (*fin*) 214
Dixième rapport du Rapporteur spécial (*fin*) 214
Actes unilatéraux des États (*fin*) 218
Rapport du Groupe de travail 218
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission 218
Rapport du Groupe de planification 218
Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international 219

2860e séance

Vendredi 29 juillet 2005, à 10 h 5

Coopération avec d'autres organismes (*fin*) 221
Visite de représentants du Conseil de l'Europe 221
Organisation des travaux de la session (*suite*) 227
Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (*suite*) 228

2861e séance

Mardi 2 août 2005, à 10 h 5

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session 230
Chapitre IV. Ressources naturelles partagées 230
Chapitre V. Effets des conflits armés sur les traités 233

2862e séance

Mardi 2 août 2005, à 15 h 10

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (*suite*) 236
Chapitre V. Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) 236
Chapitre VI. Responsabilité des organisations internationales 237

2863e séance

Mercredi 3 août 2005, à 10 h 5

Ressources naturelles partagées (*fin*) 243
Rapport du Groupe de travail 243
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (*suite*) 244
Chapitre VI. Responsabilité des organisations internationales (*fin*) 244
Chapitre VII. Protection diplomatique 245
Chapitre VIII. Expulsion des étrangers 246
Chapitre V. Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) 248
Chapitre IX. Actes unilatéraux des États 248

Pages

2864e séance

Mercredi 3 août 2005, à 15 h 5

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international *(fin)* 250

2865e séance

Jeudi 4 août 2005, à 10 h 5

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session *(suite)* 251
Chapitre IX. Actes unilatéraux des États *(fin)* 251
Chapitre X. Les réserves aux traités 253
Chapitre XI. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international 254
Chapitre XII. Autres décisions et conclusions de la Commission 254
Chapitre I. Introduction 255
Chapitre II. Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-septième session 255

2866e séance

Vendredi 5 août 2005, à 10 h 5

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (*fin*) 256
Chapitre X. Les réserves aux traités (*fin*) 256
Chapitre III. Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission 260
Chapitre V. Effets des conflits armés sur les traités *(fin)* 263
Clôture de la session 263

MEMBRES DE LA COMMISSION
et pays dont ils ont la nationalité

M. Emmanuel Akwei ADDO	Ghana
M. Husain AL-BAHARNA	Bahreïn
M. Ali Mohsen Fetais AL-MARRI	Qatar
M. João Clemente BAENA SOARES	Brésil
M. Ian BROWNLIE	Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord
M. Enrique CANDIOTI	Argentine
M. Choung Il CHEE	République de Corée
M. Pedro COMISSÁRIO AFONSO	Mozambique
M. Riad DAOUDI	République arabe syrienne
M. Christopher John Robert DUGARD	Afrique du Sud
M. Constantin ECONOMIDES	Grèce
M^me^ Paula ESCARAMEIA	Portugal
M. Salifou FOMBA	Mali
M. Giorgio GAJA	Italie
M. Zdzislaw GALICKI	Pologne
M. Peter KABATSI	Ouganda
M. Maurice KAMTO	Cameroun
M. James Lutabanzibwa KATEKA	République-Unie de Tanzanie
M. Fathi KEMICHA	Tunisie
M. Roman Anatolyevitch KOLODKIN	Fédération de Russie
M. Martti KOSKENNIEMI	Finlande
M. William MANSFIELD	Nouvelle-Zélande
M. Michael MATHESON	États-Unis d'Amérique
M. Teodor Viorel MELESCANU	Roumanie
M. Djamchid MOMTAZ	République islamique d'Iran
M. Bernd NIEHAUS	Costa Rica
M. Didier OPERTTI BADAN	Uruguay
M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA	Gabon
M. Alain PELLET	France
M. Pemmaraju Sreenivasa RAO	Inde
M. Víctor RODRÍGUEZ CEDEÑO	Venezuela
M. Bernardo SEPÚLVEDA	Mexique
M^me^ Hanqin XUE	Chine
M. Chusei YAMADA	Japon

BUREAU

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Premier Vice-Président: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Second Vice-Président: M. Roman A. KOLODKIN

Président du Comité de rédaction: M. William MANSFIELD

Rapporteur: M. Bernd NIEHAUS

M. Nicolas Michel, 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.

ORDRE DU JOUR

À sa 2831e séance, tenue le 2 mai 2005, la Commission a adopté pour sa cinquante-septième session l'ordre du jour suivant:

1. Organisation des travaux de la session.
2. Protection diplomatique.
3. Responsabilité des organisations internationales.
4. Ressources naturelles partagées.
5. Actes unilatéraux des États.
6. Les réserves aux traités.
7. Expulsion des étrangers.
8. Effets des conflits armés sur les traités.
9. Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international.
10. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
11. Coopération avec d'autres organismes.
12. Date et lieu de la cinquante-huitième session.
13. Questions diverses.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AALCO	Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique
CAHDI	Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (Conseil de l'Europe)
CDI	Commission du droit international
CEDH	Cour européenne des droits de l'homme
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPJI	Cour permanente de justice internationale
FAO	Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture
FIDA	Fonds international de développement agricole
FMI	Fonds monétaire international
HCR	Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés
MERCOSUR	Marché commun du Sud
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
OEA	Organisation des États américains
OMC	Organisation mondiale du commerce
OMPI	Organisation mondiale de la propriété intellectuelle
ONU	Organisation des Nations Unies
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture
UNICEF	Fonds des Nations Unies pour l'enfance
UNITAR	Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche

*
* *

C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des arrêts* (nos 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
C.P.J.I. série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (nos 40 à 80, à partir de 1931)
RGDIP	*Revue génerale de droit international public* (Pedone, Paris)

*
* *

Dans le présent volume, par Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie il faut entendre le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées de violations graves du droit international humanitaire commises sur le territoire de l'ex-Yougoslavie depuis 1991, et par Tribunal pénal international pour le Rwanda le Tribunal international chargé de juger les personnes accusées d'actes de génocide ou d'autres violations graves du droit international humanitaire commis sur le territoire du Rwanda et les citoyens rwandais accusés de tels actes ou violations commis sur le territoire d'États voisins entre le 1er janvier et le 31 décembre 1994.

*
* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

Sauf indication contraire, les citations extraites d'ouvrages en langue étrangère sont des traductions du Secrétariat.

Dans les citations, les mots ou passages en italique suivis d'un astérisque ne figurent pas en italique dans le texte original.

*
* *

Adresse Internet de la Commission du droit international: **www.un.org/law/ilc/index.htm.**

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT VOLUME

Affaire	*Nature de la décision et source*
Activités armées sur le territoire du Congo	*(nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 219.
	(République démocratique du Congo c. Ouganda), ordonnance du 7 novembre 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 604.
Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci	*(Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, compétence et recevabilité, arrêt, *C.I.J. Recueil 1984*, p. 392.
	(Nicaragua c. États-Unis d'Amérique), fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 14.
Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs	*(Pays-Bas c. Suède)*, arrêt du 28 novembre 1958, *C.I.J. Recueil 1958*, p. 55.
Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	Exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 595.
Argento v. Horn	United States, District Court, Northern District, Ohio, 16 May 1955, Court of Appeals, Sixth Circuit, 12 February 1957 (241 F.2d 258), *International Law Reports*, vol. 24 (1957), p. 883.
Avena et autres ressortissants mexicains	*(Mexique c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 12.
Barcelona Traction	*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited*, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.
Belilos	*Belilos c. Suisse*, n° 10328/83, 29 avril 1988, *CEDH, Arrêts et décisions, série A, n° 132*.
Ben Tillett	*(Belgique c. Grande-Bretagne)*, *RGDIP*, t. 6, n° 46, 1899, p. 46.
Boffolo	Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. X (numéro de vente: 1960 V.4), p. 528.
Bosphorus	*Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret Anomim Sirketi c. Irlande* [GC], n° 45036/98, *CEDH 2005-VI*.
Breard	*Convention de Vienne sur les relations consulaires (Paraguay c. États-Unis d'Amérique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 9 avril 1998, *C.I.J. Recueil 1998*, p. 248.
Canevaro	*(Italie, Pérou)*, sentence du 3 mai 1912, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI (numéro de vente: 1961.V.4), p. 397.
Cantoni c. France	N° 17862/91, 15 novembre 1996, *CEDH, Recueil des arrêts et décisions 1996-V,* p. 1614.
Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2 de la Charte)	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 151.
Certaines procédures pénales engagées en France	*(République du Congo c. France)*, mesure conservatoire, ordonnance du 17 juin 2003, *C.I.J. Recueil 2003*, p. 102.
Certaines terres à phosphates à Nauru	*(Nauru c. Australie)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 1992*, p. 240.
Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)	Exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 6.
Certains emprunts norvégiens	Arrêt du 6 juillet 1957, *C.I.J. Recueil 1957*, p. 9.
Clark v. Allen et al.	331 U.S. 503 (1947), *Annual Digest 1947*, case No. 82.
Clark Claim	John Bassett Moore, *History and Digest of the International Arbitrations to which the United States has been a Party*, 1898, vol. III, p. 2738 et 2739.
Concessions Mavrommatis en Palestine	Arrêt n° 2, 1924, *C.P.J.I. série A, n° 2*, p. 35.
Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 136.
Décision administrative n° V (États-Unis d'Amérique c. Allemagne)	31 octobre 1924, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VII (numéro de vente: 1956.V.5), p. 119.
Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française [Mer d'Iroise]	Décisions du 30 juin 1977 et du 14 mars 1978, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII (numéro de vente : E/F.80.V.7), p. 3.
Délimitation maritime en mer Noire	*(Roumanie c. Ukraine)*, requête introductive d'instance, déposée au Greffe de la Cour le 16 septembre 2004, rôle général n° 132.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Demirel	Cour de justice des Communautés européennes, *Meryem Demirel c. Ville de Schwäbisch Gmünd*, nº 12/86, arrêt du 30 septembre 1987, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 1987*, p. 03719.
Détroit de Corfou	Fond, arrêt, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.
Différend frontalier	*(Burkina Faso/République du Mali)*, Arrêt, *C.I.J. Recueil 1986*, p. 554.
Différend frontalier Bénin/Niger	Arrêt, *C.I.J. Recueil 2005*, p. 90.
Dorsch Consult c. Conseil et Commission	Tribunal de première instance des Communautés européennes, nº T-184/95, 28 avril 1998, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 1998-II*, p. II-694.
	Cour de justice des Communautés européennes, nº C-237/98, arrêt du 15 juin 2000, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 2000*, p. I-04549.
Essais nucléaires	*(Australie c. France)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 1974*, p. 253.
	(Nouvelle-Zélande c. France), ibid., p. 457.
Flaminio Costa c. E.N.E.L	Cour de justice des Communautés européennes, nº 6/64, 15 juillet 1964, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 1964*, p. 1141.
Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria	*(Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, arrêt du 10 octobre 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 303.
Gallina v. Fraser	United States, District Court, District of Connecticut, May 15, 1959, Court of Appeals, Second Circuit, May 5, 1960, *International Law Reports*, vol. 31 (1960), p. 356.
Île de Kassikili/Sedudu (Botswana/Namibie)	Arrêt, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 1045.
International Technical Products Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran	*Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 9 (1985), p. 10.
Interprétation de l'accord du 25 mars 1951 entre l'OMS et l'Égypte	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 73.
Kennedy c. Trinité-et-Tobago	Communication nº 845/1999, décision adoptée le 2 novembre 1999, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-cinquième session, supplément nº 40* (A/55/40), vol. II, p. 270.
Kenneth P. Yeager v. The Islamic Republic of Iran	Décision nº 324-10199-1 (2 novembre 1987), *Iran-U.S. C.T.R.*, vol. 17, p. 92.
Krohn c. Commission	*Krohn & Co. Import - Export GmbH & Co. KG c. Commission des Communautés européennes*, nº 175/84, 26 février 1986, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 1986*, p. 768.
Lac Lanoux	Sentence du 16 novembre 1957 (Espagne, France), Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente: 1963.V.3), p. 281; reproduit en partie dans *Annuaire… 1974*, vol. II (2e partie), p. 207 et suiv., doc. A/5409, par. 1055 à 1068. Pour le texte intégral de cette sentence, voir *RGDIP*, t. LXII, 1958, p. 79.
LaGrand	*(Allemagne c. États-Unis d'Amérique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2001*, p. 466.
Licéité de l'emploi de la force	*(Yougoslavie c. Belgique)*, mesures conservatoires, ordonnance du 2 juin 1999, *C.I.J. Recueil 1999*, p. 124.
	(Yougoslavie c. Canada), ibid., p. 259.
	(Yougoslavie c. France), ibid., p. 363.
	(Yougoslavie c. Allemagne), ibid., p. 422.
	(Yougoslavie c. Italie), ibid., p. 481.
	(Yougoslavie c. Pays-Bas), ibid., p. 542.
	(Yougoslavie c. Portugal), ibid., p. 656.
	(Yougoslavie c. Espagne), ibid., p. 761.
	(Yougoslavie c. Royaume-Uni), ibid., p. 826.
	(Yougoslavie c. États-Unis d'Amérique), ibid., p. 916.
	(Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 20 mars 2002, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 192.
	(Yougoslavie c. Canada), ibid., p. 195.
	(Yougoslavie c. France), ibid., p. 198.
	(Yougoslavie c. Allemagne), ibid., p. 201.
	(Yougoslavie c. Italie), ibid., p. 204.
	(Yougoslavie c. Pays-Bas), ibid., p. 207.
	(Yougoslavie c. Portugal), ibid., p. 210.
	(Yougoslavie c. Royaume-Uni), ibid., p. 213.

Affaire	*Nature de la décision et source*
	(Serbie-et-Monténégro c. Belgique), exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil 2004*, p. 279.
	(Serbie-et-Monténégro c. Canada), exceptions préliminaires, arrêt, ibid., p. 429.
	(Serbie-et-Monténégro c. France), exceptions préliminaires, arrêt, ibid., p. 575.
	(Serbie-et-Monténégro c. Allemagne), exceptions préliminaires, arrêt, ibid., p. 720.
	(Serbie-et-Monténégro c. Italie), exceptions préliminaires, arrêt, ibid., p. 865.
	(Serbie-et-Monténégro c. Pays-Bas), exceptions préliminaires, arrêt, ibid., p. 1011.
	(Serbie-et-Monténégro c. Portugal), exceptions préliminaires, arrêt, ibid., p. 1160.
	(Serbie-et-Monténégro c. Royaume-Uni), exceptions préliminaires, arrêt, ibid., p. 1307.
Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 226.
Licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 66.
Lockerbie	*Questions d'interprétation et d'application de la Convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni),* mesures conservatoires, ordonnance du 14 avril 1992*, C.I.J Recueil 1992,* p. 3.
Loizidou c. Turquie	18 décembre 1996 (fond), CEDH, *Recueil des arrêts et décisions 1996-VI.*
Mandat d'arrêt du 11 avril 2000	*(République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, *C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.
Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd	Scotland, Court of Session, Outer House, 30 January 1976, *International Law Reports*, vol. 74 (1987), p. 559.
Matthews c. Royaume-Uni	[GC], nº 24833/94, *CEDH 1999-I.*
Mergé	Décision nº 55 du 10 juin 1955, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIV (numéro de vente: 1965.V.4), p. 236.
MV Tampa	*Ruddock and Others v. Vadarlis and Others*, Federal Court of Australia, 18 September 2001, *International Law Reports*, vol. 131 (2001), p. 83.
Nottebohm	*(Liechtenstein c. Guatemala)*, deuxième phase, arrêt, *C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.
Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne	Nº C-316/91, 2 mars 1994, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 1994-3*, p. I-653.
Pêcheries	*Affaire des pêcheries*, arrêt du 18 décembre 1951, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116.
Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran	Arrêt, *C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.
Plateau continental de la mer du Nord	Arrêt, *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3.
Plates-formes pétrolières	*(République islamique d'Iran c. États-Unis d'Amérique)*, exception préliminaire, arrêt, *C.I.J. Recueil 1996*, p. 803.
Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne	[GC], nº 42527/98, *CEDH 2001-VIII.*
Projet Gabčíkovo-Nagymaros	(*Hongrie/Slovaquie*), arrêt, *C.I.J. Recueil 1997*, p. 7.
Rainbow Warrior	*Affaire concernant les problèmes nés entre la Nouvelle-Zélande et la France relatifs à l'interprétation ou à l'application de deux accords conclus le 9 juillet 1986, lesquels concernaient les problèmes découlant de l'affaire du Rainbow Warrior*, sentence du 30 avril 1990, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX (numéro de vente: E/F.93.V.3), p. 215.
Rann de Kuch	*Affaire concernant la frontière occidentale indo-pakistanaise (Rann de Kuch) entre l'Inde et le Pakistan*, sentence du 19 février 1968, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVII (numéro de vente: E/F.80.V.2), p. 1.
Réparation des dommages subis au service des Nations Unies	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.
Réserves à la Convention sur le génocide	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.
Restrictions à la peine de mort	Cour interaméricaine des droits de l'homme, avis consultatif du 8 septembre 1983, *Revue universelle des droits de l'homme*, vol. 4, nº 8-9 (septembre 1992), p. 306.
Sahara occidental	Avis consultatif, *C.I.J. Recueil 1975*, p. 12.
Slivenko c. Lettonie	[GC], nº 48321/99, *CEDH 2003-X.*
Statut juridique du Groenland oriental	Arrêt, 1933, *C.P.J.I. série A/B, nº 53*, p. 22.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Tadić	*Le Procureur c. Duško Tadić alias Dule*, affaire nº IT-94-1-AR72, arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, 2 octobre 1995, *Recueils judiciaires 1994-1995*, vol. 1, p. 428, par. 70. Voir aussi *International Law Reports*, vol. 105 (1995), p. 420 ou Nations Unies, *Annuaire juridique 1995*, III[e] partie, p. 501.
Techt c. Hughes	Court of Appeals of New York, 229 N.Y. 222 (1920), *Annual Digest, 1919–1922*, case No. 271.
Temeltasch c. Suisse	Commission européenne des droits de l'homme, décision du 5 mai 1982, requête nº 9116/80, *Décisions et rapports*, vol. 31, p. 120.
Temple de Préah Vihéar	*(Cambodge c. Thaïlande)*, fond, arrêt, 15 juin 1962, *C.I.J. Recueil 1962*, p. 6.
Van Gend & Loos	*NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration fiscale néerlandaise*, nº 26/62, 5 février 1963, *Recueil de la jurisprudence de la Cour 1963*, p. 3.
Virginius	John Bassett Moore, *A Digest of International Law*, Washington, United States Government Printing Office, 1906, vol. 2, p. 895.

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

	Sources
Règlement pacifique des différends internationaux	
Traité général de renonciation à la guerre comme instrument de politique nationale (Pacte Briand-Kellogg) [Paris, 27 août 1928]	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. XCIV, nº 2137, p. 57.
Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (Strasbourg, 29 avril 1957)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 320, nº 4646, p. 243.
Privilèges et immunités, relations diplomatiques et consulaires	
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, nº 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, nº 8638, p. 261.
Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens (New York, 2 décembre 2004)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, supplément nº 49* (A/59/49), vol. I, résolution 59/38.
Droits de l'homme	
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, nº 1021, p. 281.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (ci-après dénommée Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, nº 2889, p. 221.
Protocole nº 4 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, reconnaissant certains droits et libertés autres que ceux figurant déjà dans la Convention et dans le premier Protocole additionnel à cette dernière (Strasbourg, 16 septembre 1963)	Ibid., vol. 1496, nº 2889, p. 265.
Protocole nº 6 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, concernant l'abolition de la peine de mort (Strasbourg, 28 avril 1983)	Ibid., vol. 1496, nº 2889, p. 281.
Protocole nº 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, Strasbourg, 22 novembre 1984)	Ibid., vol. 1525, nº 2889, p. 198.
Protocole nº 12 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Rome, 4 novembre 2000)	Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, nº 177.
Protocole nº 14 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, amendant le système de contrôle de la Convention (Strasbourg, 13 mai 2004)	Ibid., nº 194.
Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (New York, 16 décembre 1966)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 993, nº 14531, p. 3.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, nº 14668, p. 171.
Convention américaine relative aux droits de l'homme («Pacte de San José de Costa Rica») [San José, 22 novembre 1969]	Ibid., vol. 1144 nº 17955, p 143.
Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, nº 20378, p. 13.
Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants (New York, 10 décembre 1984)	Ibid., vol. 1465, nº 24841, p. 85.
Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants (Strasbourg, 26 novembre 1987)	Ibid., vol. 1561, nº 27161, p. 363.
Convention relative aux droits de l'enfant (New York, 20 novembre 1989)	Ibid., vol. 1577, nº 27531, p. 3.
Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants (New York, 25 mai 2000)	Ibid., vol. 2171, nº 27531, p. 227.

	Sources
Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille (New York, 18 décembre 1990)	Ibid., vol. 2220, nº 39481, p. 3.
Convention-cadre pour la protection des minorités nationales (Strasbourg, 1er février 1995)	Ibid., vol. 2151, nº 37548, p. 243.
Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (ci-après dénommée Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine) [Oviedo, 4 avril 1997]	Ibid., vol. 2137, nº 37266, p. 171.
Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine, relatif à la recherche biomédicale (Strasbourg, 25 janvier 2005)	Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, nº 195.
Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains (Varsovie, 16 mai 2005)	Ibid., nº 197.
Nationalité, réfugiés et apatrides	
Convention relative au statut des réfugiés (avec annexe) [Genève, 28 juillet 1951]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, nº 2545, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, nº 8791, p. 267.
Convention sur l'asile territorial (Caracas, 28 mars 1954)	Ibid., vol. 1438, nº 24378, p. 135.
Convention sur la réduction des cas d'apatridie (New York, 30 août 1961)	Ibid., vol. 989, nº 14458, p. 175.
Convention européenne sur la nationalité (Strasbourg, 6 novembre 1997)	Ibid., vol. 2135, nº 37248, p. 213.
Commerce international et développement	
Accord portant création du Fonds international de développement agricole (Rome, 13 juin 1976)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1059, nº 16041, p. 191.
Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises (Vienne, 11 avril 1980)	Ibid., vol. 1489, nº 25567, p. 3.
Quatrième Convention ACP-CEE (Lomé, 15 décembre 1989)	Ibid., vol. 1924, nº 32847, p. 3.
Transports et communications	
Protocolo de San Luis en Materia de Responsabilidad Civil Emergentes de Accidentes de Tránsito entre los Estados Partes del Mercosur (San Luis, 25 juin 1996)	Ruben B. Santos Belandro, *Bases Fundamentales del Derecho de la Integracion y Mercosur*, Serie Documentos 1, Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2001, p. 399.
Navigation	
Convention destinée à garantir en tous temps et à toutes les Puissances le libre usage du Canal maritime de Suez (ci-après dénommée Convention de Constantinople) [Constantinople, 29 octobre 1888]	De Martens, *Nouveau Recueil général des Traités*, deuxième série, tome XV, p. 557.
Convention portant création de l'Organisation maritime internationale (Genève, 6 mars 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 289, nº 4214, p. 49.
Aviation civile	
Convention relative à l'aviation civile internationale (Chicago, 7 décembre 1944)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 15, nº 102, p. 295.
Questions pénales	
Convention européenne d'extradition (Paris, 13 décembre 1957)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 359, nº 5146, p. 273.
Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale (Strasbourg, 20 avril 1959)	Ibid., vol. 472, nº 6841, p. 185.
Convention interaméricaine sur l'extradition (Caracas, 25 février 1981)	Ibid., vol. 1752, nº 30597, p. 217.
Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (Strasbourg, 24 novembre 1983)	Ibid., vol. 1525, nº 26456, p. 37.
Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (Strasbourg, 8 novembre 1990)	Ibid., vol. 1862, nº 31704, p. 69.

	Sources
Convention concernant le Statut de la Cour centraméricaine de Justice (Panama, 10 décembre 1992)	Ibid., vol. 1821, nº 31191, p. 291.
Convention interaméricaine contre la corruption (Caracas, 29 mars 1996)	E/1996/99
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2187, nº 38544, p. 3.
Accord régissant les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la Cour pénale internationale (New York, 4 octobre 2004)	Ibid., vol. 2283, nº 1272, p. 195.
Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2001)	Ibid., vol. 2296, nº 40916, p. 167.
Protocole additionnel à la Convention sur la cybercriminalité relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques (Strasbourg, 28 janvier 2003)	Ibid., vol. 2466, annexe A, nº 40916, p. 205.
Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique (Phnom Penh, 6 juin 2003)	Ibid., vol. 2329, nº 41723, p. 117.
Convention des Nations Unies contre la corruption (New York, 31 octobre 2003)	Ibid., vol. 2349, nº 42146, p. 41.
Lutte contre le terrorisme international	
Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1137, nº 17828, p. 93.
Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 15 mai 2003)	Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, nº 190.
Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme (New York, 9 décembre 1999)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2178, nº 38349, p. 197.
Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire (New York, 13 avril 2005)	Ibid., vol. 2220, nº 44004, p. 89.
Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme (Varsovie, 16 mai 2005)	Conseil de l'Europe, *Série des Traités européens*, nº 196.
Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme (Varsovie, 26 mai 2005)	Ibid., nº 198.
Droit de la mer	
Conventions de Genève sur le droit de la mer (Genève, 29 avril 1958)	
Convention sur le plateau continental	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 499, nº 7302, p. 311.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, nº 31363, p. 3.
Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (New York, 4 août 1995)	Ibid., vol. 2167, nº 37924, p. 3.
Droit des traités	
Convention de Vienne sur le droit des traités (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1969) [Vienne, 23 mai 1969]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, nº 18232, p. 331.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1978) [Vienne, 23 août 1978]	Ibid., vol. 1946, nº 33356, p. 3.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après dénommée Convention de Vienne de 1986) [Vienne, 21 mars 1986]	*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.5, Vol. II), p. 91.
Télécommunications	
Convention européenne sur la télévision transfrontière (Strasbourg, 5 mai 1989)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1966, nº 33611, p. 265.

	Sources
Droit applicable aux conflits armés	
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (ci-après dénommées Conventions de Genève de 1949) [Genève, 12 août 1949]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nos 970 à 973, p. 31.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IVe Convention)	Ibid., no 973, p. 287.
Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et Protocole additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatif à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) [Genève, 8 juin 1977]	Ibid., vol. 1125, nos 17512 et 17513, p. 3 et 609.
Convention pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé (La Haye, 14 mai 1954)	Ibid., vol. 249, no 3511, p. 215.
Désarmement	
Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 480, no 6964, p. 44.
Traité sur la non-prolifération des armes nucléaires (Londres, Moscou, Washington, 1er juillet 1968)	Ibid., vol. 729, no 10485, p. 161.
Convention sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles (New York, 10 décembre 1976)	Ibid., vol. 1108, no 17119, p. 151.
Environnement et ressources naturelles	
Convention relative à la protection de l'environnement (avec protocole) [Stockholm, 19 février 1974]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1092, no 16770, p. 277.
Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone (Vienne, 22 mars 1985)	Ibid., vol. 1513, no 26164, p. 293.
Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone (Montréal, 16 septembre 1987)	Ibid., vol. 1522, no 26369, p. 3.
Convention de Bâle sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et de leur élimination (Bâle, 22 mars 1989)	Ibid., vol. 1673, no 28911, p. 57.
Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 17 mars 1992)	Ibid., vol. 1936, no 33207, p. 289.
Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (New York, 9 mai 1992)	Ibid., vol. 1771, no 30822, p. 107.
Convention sur la diversité biologique (Rio de Janeiro, 5 juin 1992)	Ibid., vol. 1760, no 30619, p. 79.
Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (New York, 21 mai 1997)	*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément no 49* (A/51/49), vol. III, résolution 51/229, annexe.
Droit international général	
Treaty between Great Britain, Russia, and The Netherlands, relative to the Russian Dutch Loan (Londres, 19 mai 1815)	*British and Foreign State Papers 1814-1815*, vol. 2, Londres, James Ridgway and Sons, 1839, p. 378.
Charte de l'Organisation des États américains (Bogota, 30 avril 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 119, no 1609, p. 3.
Convention (avec annexe) sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation (Bonn, 26 mai 1952) [texte amendé conformément à l'annexe IV du Protocole sur la cessation du régime d'occupation dans la République fédérale d'Allemagne, signé à Paris le 23 octobre 1954]	Ibid., vol. 332, no 4762, p. 331.
Convention européenne d'établissement (Paris, 13 décembre 1955)	Ibid., vol. 529, no 7660, p. 141.
Traité instituant la Communauté économique européenne (Rome, 25 mars 1957)	Ibid., vol. 294, no 4300.
Charte démocratique interaméricaine (Lima, 11 septembre 2001)	*International Legal Material*, vol. 40, no 5 (septembre 2001), p. 1289.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA CINQUANTE-SEPTIÈME SESSION

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/546	Sixième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, rapporteur spécial	Reproduit dans l'*Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/547	Responsabilité des organisations internationales: Commentaires et observations reçus de gouvernements	Idem.
A/CN.4/548	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir *supra*, p. vii.
A/CN.4/549 et Add.1	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, du débat tenu sur le rapport de la CDI par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-neuvième session	Reprographié.
A/CN.4/550 [et Corr.1 et 2]	Les effets des conflits armés sur les traités: examen de la pratique et de la doctrine, étude du Secrétariat	Reprographié.
A/CN.4/551 [et Corr.1] et Add.1	Troisième rapport sur les ressources naturelles partagées: les eaux souterraines transfrontières, par M. Chusei Yamada, rapporteur spécial	Reproduit dans l'*Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/552	Premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, par M. Ian Brownlie, rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/553	Troisième rapport sur la responsabilité des organisations internationales, par M. Giorgio Gaja, rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/554	Rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers, par M. Maurice Kamto, rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/555 et Add.1	Ressources naturelles partagées: commentaires et observations reçus des États et des organisations intergouvernementales compétentes	Idem.
A/CN.4/556	Responsabilité des organisations internationales: commentaires et observations reçus des gouvernements	Idem.
A/CN.4/557	Huitième rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/558 [et Corr.1] et Add.1 [et Corr.1] et 2	Dixième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial	Idem.
A/CN.4/L.665	Les réserves aux traités – Intitulés et textes des projets de directive adoptés par le Comité de rédaction le 10 mai 2005	Reprographié. Voir également le compte rendu analytique de la 2842e séance, par. 50.
A/CN.4/L.666/Rev.1	Responsabilité des organisations internationales – Titres et libellés du projet d'articles adopté par le Comité de rédaction le 27 mai 2005	Reprographié. Voir également le compte rendu analytique de la 2848e séance, par. 1.
A/CN.4/L.667	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-septième session: chapitre IV (Ressources naturelles partagées)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément no 10* (A/60/10). Le texte définitif figure dans l'*Annuaire…2005*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.668	Idem: chapitre V (Effets des conflits armés sur les traités)	Idem.
A/CN.4/L.669 et Add.1	Idem: chapitre VI (Responsabilité des organisations internationales)	Idem.
A/CN.4/L.670	Idem: chapitre VII (Protection diplomatique)	Idem.
A/CN.4/L.671 et Add.1 et 2	Idem: chapitre X (Les réserves aux traités)	Idem.
A/CN.4/L.672 et Add.1 et 2	Idem: chapitre IX (Actes unilatéraux des États)	Idem.

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.673	Idem: chapitre I (Organisation des travaux de la session)	Idem.
A/CN.4/L.674	Idem: chapitre VIII (Expulsion des étrangers)	Idem.
A/CN.4/L.675 [et Corr.1]	Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission – Rapport du Groupe de planification	Reprographié.
A/CN.4/L.676 [et Corr.1]	Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international – Rapport du Groupe d'étude	Reprographié. Reproduit dans l'*Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), chap. XI, sect. C.
A/CN.4/L.677	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-septième session: chapitre XI (Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international)	Reprographié. Pour le texte *adopté*, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément no 10* (A/60/10). Le texte définitif figure dans l'*Annuaire…2005*, vol. II (2e partie).
A/CN.4/L.678	Idem: chapitre XII (Autres décisions et conclusions de la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.679	Idem: chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-septième session)	Idem.
A/CN.4/L.680	Idem: chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	Idem.
A/CN.4/L.681	Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées (Eaux souterraines): rapport du Groupe de travail	Reprographié.
A/CN.4/SR.2831-A/CN.4/SR.2866	Comptes rendus analytiques provisoires des 2831e à 2866e séances	Reprographié. Le texte définitif apparaît dans le présent volume.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA PREMIÈRE PARTIE DE LA CINQUANTE-SEPTIÈME SESSION

tenue à Genève du 2 mai au 3 juin 2005

2831e SÉANCE

Lundi 2 mai 2005, à 15 h 10

Président par intérim: Mme Hanqin XUE

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Yamada.

Ouverture de la session

HOMMAGE À LA MÉMOIRE DE ROBERT ROSENSTOCK

1. La PRÉSIDENTE PAR INTÉRIM déclare ouverte la cinquante-septième session de la Commission du droit international. Elle informe tout d'abord la Commission du décès à la fin de 2004 de Robert Rosenstock. Pendant plus de 10 ans, de 1992 à 2003, celui-ci a brillamment servi la Commission tant en qualité de membre que de président et de rapporteur spécial. Il s'intéressait et participait activement aux travaux de la Commission sous tous leurs aspects, notamment à l'élaboration du projet d'articles sur la responsabilité des États, du projet de statut d'une cour criminelle internationale et, bien entendu, du projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, sujet pour lequel il était rapporteur spécial. Il n'hésitait jamais à exprimer son avis sur les questions très diverses dont s'est occupée la Commission, ce qui ne l'empêchait pas d'être véritablement à l'écoute de ses collègues et de respecter leurs vues. Il aura, par son travail, apporté une contribution durable à la codification et au développement progressif du droit international, qui lui tenaient tant à cœur. C'était un homme de valeur et de qualité qui avait une grande stature morale. La vivacité de ses interventions, son humour et son sens de l'amitié manqueront à tous les membres de la Commission. Le 4 octobre 2004, à sa première séance, la Sixième Commission de l'Assemblée générale a rendu hommage à M. Rosenstock, qui avait représenté son pays au sein de cet organe pendant de nombreuses années. Au nom de la Commission, le Président de la cinquante-sixième session a adressé un message de condoléances à la famille de M. Rosenstock.

Sur l'invitation de la Présidente par intérim, les membres de la Commission observent une minute de silence en hommage à la mémoire de leur ami et collègue, Robert Rosenstock.

2. La PRÉSIDENTE PAR INTÉRIM rend ensuite brièvement compte des débats que la Sixième Commission a consacrés au rapport de la CDI, dont le résumé thématique établi par le Secrétariat a été publié sous la cote A/CN.4/549 et Add.1. La première semaine de cet examen, appelée Semaine du droit international[1], a été l'occasion pour les délégations de tenir des consultations de haut niveau sur les sujets inscrits au programme de travail actuel de la CDI, la réunion des conseillers juridiques ayant été à dessein organisée la même semaine. Le Président de la cinquante-sixième session ainsi que les rapporteurs spéciaux dont le projet avait été adopté en première lecture ont représenté la CDI à la Sixième Commission. Il y a lieu de signaler également l'adoption par l'Assemblée générale le 2 décembre 2004 de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, ce qui constitue une contribution importante au développement progressif du droit inter-national et à sa codification.

Élection du bureau

M. Momtaz est élu Président par acclamation.

M. Momtaz prend la présidence.

M. Pambou-Tchivounda est élu premier Vice-Président par acclamation.

M. Kolodkin est élu deuxième Vice-Président par acclamation.

---

[1] Conformément à la résolution 58/77 de l'Assemblée générale, en date du 9 décembre 2003, paragraphe 11.

M. Mansfield est élu Président du Comité de rédaction par acclamation.

M. Niehaus est élu Rapporteur de la Commission par acclamation.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.4/548)

L'ordre du jour est adopté.

Organisation des travaux de la session

[Point 1 de l'ordre du jour]

3. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur le calendrier de travail et annonce que le premier Vice-Président et le Président du Comité de rédaction commenceront les consultations en vue de constituer les équipes aussitôt que possible.

Ressources naturelles partagées[2] (A/CN.4/549 et Add.1, sect. B, A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1[3], A/CN.4/555 et Add.1[4])

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

4. Le PRÉSIDENT invite M. Yamada (Rapporteur spécial sur les ressources naturelles partagées) à présenter son troisième rapport sur les ressources naturelles partagées (A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1).

5. M. YAMADA (Rapporteur spécial) explique qu'il a préparé quatre documents non officiels[5] en complément de son rapport sur la question des ressources naturelles partagées: les eaux souterraines transfrontières. Les deux premiers contiennent des passages pertinents des débats tenus en 2004 sur son deuxième rapport[6] par, respectivement, la CDI[7] et la Sixième Commission [A/CN.4/549, par. 40 à 74]; le troisième contient une liste des instruments en rapport avec les eaux souterraines, et le quatrième propose une sélection d'ouvrages de référence.

6. Le Rapporteur spécial a le sentiment que la démarche qu'il a adoptée est généralement appuyée par la CDI et la Sixième Commission, ce qui l'amène à proposer une série complète de projets d'articles qui tient compte des observations formulées par ces organes. Il n'a pas eu le temps d'analyser les observations reçues des États et des organisations intergouvernementales compétentes (A/CN.4/555 et Add.1). En revanche il a assisté à une réunion sur les aquifères des Amériques organisée par l'UNESCO, à laquelle participaient des experts de tout le continent américain. Enfin, le secrétaire général du projet sur le système aquifère guarani lui a remis un CD-ROM qu'il espère pouvoir présenter prochainement à la Commission.

7. Le Rapporteur spécial rappelle que la présentation de ses propositions sous forme de projets d'articles ne préjuge pas de leur forme finale. Il estime préférable, pour l'heure, de se concentrer sur le fond de la question. Il rappelle également que plusieurs délégations ont demandé qu'il soit fait référence, dans le préambule, à la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, en date du 14 décembre 1962, relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Convenant qu'il s'agit là d'une question sensible, il n'y est pas opposé mais préfère reporter à un stade ultérieur la formulation du préambule. Les projets d'articles figurent dans l'annexe au rapport. L'ancienne numérotation des articles proposés dans le deuxième rapport[8] est signalée entre crochets.

8. Le projet d'article premier (Champ d'application) n'a pas été modifié sur le fond mais les trois catégories d'activités à couvrir ont été précisées. La définition de l'aquifère, à l'alinéa *a* du projet d'article 2, a été reformulée de façon à supprimer l'imprécision des termes « formation rocheuse » et « exploitables ». Le Rapporteur spécial rappelle qu'un aquifère est formé de deux éléments, dont l'un est une formation géologique souterraine qui fonctionne comme un réservoir et l'autre est l'eau qui y est contenue et qui peut être extraite. L'expression « formation géologique » est préférable à « formation rocheuse » car l'élément qu'elle désigne peut être composé non seulement de roches mais aussi de sable et de gravier. D'autre part, seule l'eau contenue dans la zone saturée de l'aquifère peut être extraite, d'où la suppression du terme « exploitables » qui est sujet à controverse.

9. La définition du système aquifère, à l'alinéa *b*, est également nouvelle. Le membre de phrase entre crochets a été inséré pour indiquer qu'un système aquifère peut se composer de plusieurs aquifères de formations géologiques identiques ou différentes, mais l'opportunité de cette précision reste à débattre. Les nouveaux alinéas *e* et *f* sont nécessaires du fait que des règles différentes s'appliquent selon que les ressources en eau sont renouvelables (cas des aquifères alimentés, comme ceux du système aquifère guarani) ou non renouvelables (cas des aquifères non alimentés, comme ceux des zones arides).

10. Le projet d'article 3 vise à insister sur l'importance des arrangements bilatéraux ou régionaux concernant un système aquifère transfrontière donné. Ces arrangements l'emportent sur le projet de convention, car il s'agira d'une convention-cadre. Le projet d'article 4 est explicite. Il ressort du paragraphe 1 que le projet de convention à l'étude l'emporterait sur la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation [ci-après dénommée Convention de 1997] en cas de conflit entre les deux instruments.

11. Le projet d'article 5 énonce deux principes fondamentaux et interdépendants que l'on retrouve dans la plupart des instruments relatifs à l'eau: le principe de « l'utilisation équitable », selon lequel l'État d'un aquifère transfrontière a le droit de bénéficier équitablement de

[2] Pour l'historique des travaux de la Commission sur le sujet, voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. VI.

[3] Reproduit dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).

[4] Ibid.

[5] Reprographiés, distribution limitée aux membres de la Commission.

[6] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/539 et Add.1.

[7] Voir *Annuaire… 2004*, vol. I, 2797e à 2799e séances.

[8] Voir la note 6, *supra*.

l'utilisation de cet aquifère, et le principe de « l'utilisation raisonnable », selon lequel l'État d'un aquifère doit gérer correctement ce dernier. Certains États possédant un aquifère continuent d'être opposés à l'application aux eaux souterraines de la notion de ressources naturelles « partagées ». La Sixième Commission n'a toutefois pas modifié l'intitulé du sujet ainsi qu'il ressort de l'alinéa *a* du paragraphe 4 de la résolution 59/41 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004. Le Rapporteur spécial considère que l'utilisation et la gestion d'un aquifère transfrontière relèvent des États sur le territoire desquels se trouve l'aquifère; il n'a jamais été question d'internationaliser les aquifères transfrontières. Cette position est d'ailleurs partagée par les experts et les délégations concernées. Le Rapporteur spécial évite le terme « partagé », mais rappelle qu'en acceptant le principe de « l'utilisation équitable », on reconnaît implicitement le caractère partagé d'un aquifère transfrontière et l'absence de droit souverain absolu sur ce dernier. Le Rapporteur spécial a évité la notion d'utilisation « durable » car à son sens, elle ne peut s'appliquer qu'aux ressources véritablement renouvelables, comme les eaux de surface. Même dans le cas des aquifères alimentés, une utilisation « durable » n'est pas entièrement possible et dans celui des aquifères non alimentés, qui sont une ressource non renouvelable, elle est impossible.

12. Le projet d'article 6 énumère les facteurs à prendre en considération pour une utilisation équitable et raisonnable d'un aquifère. Concernant le projet d'article 7, l'idée de retenir comme seuil le « dommage significatif » continue de susciter une controverse. Pour le Rapporteur spécial, ce seuil est relatif et tient compte de la fragilité des ressources. Est également contestée la question de l'indemnisation évoquée au paragraphe 3. Le Rapporteur spécial rappelle que cette disposition reprend une disposition identique de la Convention de 1997, qui avait été proposée par la Commission au vu de la pratique des États et adoptée sans aucune objection. Il rappelle également qu'il ne s'agit pas d'une obligation mais d'une possibilité en cas de dommage. Il se dit toutefois disposé à poursuivre le débat sur ce point.

13. Les projets d'articles 8 et 9 traitent de l'obligation de coopérer. Le premier recommande la création de mécanismes conjoints, une pratique déjà courante pour les ressources naturelles transfrontières. Le Rapporteur spécial propose un article distinct qui deviendrait le projet d'article 10 pour insister sur l'importance de la surveillance dans la gestion des aquifères transfrontières. Les projets d'articles 11 à 15 n'appellent aucune explication. Le projet d'article 13 vise à régler le problème qui peut se poser lorsque les zones de réalimentation et de déversement d'un aquifère sont situées sur le territoire d'un État qui ne tire aucun bénéfice de l'aquifère en question. Ces zones sont vitales et doivent donc être protégées, mais l'on ne saurait obliger un État sans aquifère à restreindre ses activités.

14. Les projets d'articles 16 et 17 concernent les activités touchant d'autres États. Le Rapporteur spécial a jugé préférable de ne pas prévoir de procédures détaillées comme dans la Convention de 1997, afin de laisser aux États d'un aquifère le soin de les élaborer eux-mêmes. Les projets d'articles 18 à 21 (Dispositions diverses) et 22 à 25 (Clauses finales) n'appellent aucune explication. Le projet d'article 18 est nécessaire du fait que l'hydrogéologie est une science encore jeune et principalement maîtrisée par les pays développés, alors que nombre des aquifères sont situés dans des pays en développement.

15. Le Rapporteur spécial dit qu'il orientera la suite de ses travaux en fonction des observations de la Commission et espère les terminer pour une première lecture en 2006. Si la Commission estime prématuré de passer à la phase de la rédaction, il serait souhaitable, à son avis, de désigner des groupes de travail pour approfondir certains articles.

16. Le PRÉSIDENT remercie le Rapporteur spécial pour son rapport et invite les membres de la Commission à formuler leurs observations préliminaires.

17. M. CANDIOTI demande comment sera organisé le débat sur ce rapport.

18. M. OPERTTI BADAN pense qu'il faudrait approfondir la relation entre les principes généraux énoncés dans le projet d'articles et les normes conventionnelles qui pourraient exister au niveau bilatéral ou régional.

19. M. YAMADA (Rapporteur spécial) suggère d'examiner le rapport, chapitre par chapitre.

20. Mme ESCARAMEIA demande au Rapporteur spécial de préciser s'il fait référence aux différents chapitres du rapport ou aux parties du projet de convention.

21. Le PRÉSIDENT explique que les chapitres du rapport correspondent aux parties du projet de convention figurant dans l'annexe au rapport, chaque partie regroupant plusieurs articles.

22. M. Sreenivasa RAO propose d'examiner d'abord les questions visées aux articles 5, 6, 7 et 8, qui figurent dans la deuxième partie, comme ce fut le cas pour la Convention de 1997, et de terminer par les définitions.

23. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que la deuxième partie, relative aux principes généraux, comporte des articles clés et qu'il est donc possible de commencer par elle. Il remarque toutefois que la première partie est tout aussi importante puisqu'elle concerne notamment le champ d'application du projet de convention.

24. M. OPERTTI BADAN fait observer que certains des points abordés dans la première partie en relation avec d'autres conventions et accords internationaux, y compris régionaux et bilatéraux, sont aussi liés, à son avis, aux principes généraux.

25. Mme XUE pense comme M. Sreenivasa Rao, qu'il faudrait d'abord se concentrer sur la deuxième partie. Selon l'article premier du projet d'articles, consacré au champ d'application de la convention, celle-ci s'applique à trois catégories d'activités. Pour Mme Xue, les activités mentionnées aux alinéas *a* (utilisation des aquifères et systèmes aquifères transfrontières) et *c* (mesures de protection, de préservation et de gestion de ces aquifères et systèmes aquifères) de cet article relèvent de la deuxième partie, c'est-à-dire des principes généraux. En revanche, elle ne voit pas dans quelle partie inclure l'alinéa *b* consacré aux autres activités qui ont ou sont susceptibles d'avoir

un impact sur ces aquifères et systèmes aquifères. Si la Commission décide d'examiner la question en fonction de ces trois catégories d'activités, il serait donc logique de commencer par la deuxième partie.

26. M. ECONOMIDES se demande si les membres de la Commission disposeront de suffisamment de temps pour faire part de leurs observations sur le projet d'articles si cette méthode est retenue. Il considère par ailleurs que les première et deuxième parties du projet sont aussi importantes l'une que l'autre et que l'on ne peut aborder les principes généraux avant d'avoir examiné le champ d'application de la convention. L'idée de compartimenter le travail lui paraît donc artificielle, voire arbitraire.

27. M. GALICKI reconnaît que la deuxième partie représente, pour l'heure, l'essentiel du projet d'articles, mais il lui semble difficile de l'aborder avant la première partie, qui comporte également des éléments cruciaux.

28. M. PELLET estime, pour sa part, qu'il serait sage de commencer par la première partie avant d'examiner la deuxième, et de garder le reste du projet pour plus tard. Il conviendra de faire preuve de souplesse et de permettre aux membres de la Commission qui le souhaiteraient de s'exprimer à nouveau par la suite.

29. M. DAOUDI considère que tous les éléments du projet étant liés, il faut commencer par le début.

30. M. YAMADA (Rapporteur spécial) ne voit aucun inconvénient à ce que l'on commence par la première ou par la deuxième partie, et s'en remet à la décision de la Commission.

31. Se référant à l'observation de M^me^ Xue, il dit que contrairement à la Convention de 1997, le projet de convention sur les eaux souterraines prévoit également de réglementer d'autres activités, comme par exemple l'agriculture où l'utilisation de pesticides est susceptible de polluer les eaux souterraines.

32. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à constituer le Groupe de planification et le Comité de rédaction.

La séance est levée à 17 h 20.

2832^e^ SÉANCE

Mardi 3 mai 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, M^me^ Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M^me^ Xue, M. Yamada.

Ressources naturelles partagées (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. B, A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1, A/CN.4/555 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre son examen du troisième rapport du Rapporteur spécial sur les ressources naturelles partagées (A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1).

2. M^me^ ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour l'étude approfondie qu'il a consacrée aux aspects juridiques et scientifiques du sujet. Favorable, dans l'ensemble, à la forme proposée, celle d'un projet de convention, elle accorde une importance particulière à la deuxième partie du projet car elle énonce les principes généraux. Elle ne partage pas l'avis de ceux qui jugent suffisant le cadre offert par les arrangements régionaux et bilatéraux existants, car de tels accords favorisent systématiquement la partie la plus forte, ce qui est tout à fait inacceptable lorsque des questions d'environnement sont en jeu.

3. Il faut se garder de suivre trop servilement la Convention de 1997, car si elle énonce des principes utiles, tels que l'utilisation équitable et raisonnable, l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs et une obligation générale de coopérer, la nouvelle convention concerne des eaux qui soulèvent des questions beaucoup plus sensibles.

4. M^me^ Escarameia croit comprendre que le projet d'articles ne vise que les États qui ont un aquifère sur leur territoire ou qui ont un rapport quelconque avec un aquifère. Or, des États tiers pourraient eux aussi jouer un rôle dans la préservation des aquifères, notamment aux points de réalimentation et de déversement. Il faudrait donc les inclure dans le projet d'articles, puisqu'ils ont pleinement l'obligation de coopérer et d'échanger des informations.

5. La question de l'indemnisation en cas de dommage devrait elle aussi être traitée dans le projet d'articles, au lieu de la laisser aux règles générales sur la responsabilité. Le principe de précaution auquel se réfère le Rapporteur spécial dans le rapport devrait être énoncé plus explicitement et dans un article distinct.

6. Il serait utile de préciser, dans le commentaire de l'article premier ou de l'article 4, quelles situations échappent au présent projet parce qu'elles sont déjà couvertes par la Convention de 1997. M^me^ Escarameia appuie aussi fermement l'utilisation, à l'alinéa *b* du projet d'article 1, du terme « impact », qui est beaucoup plus large que « dommage ».

7. S'agissant de l'alinéa *a* du projet d'article 2 (Emploi des termes), Mme Escarameia approuve l'utilisation de l'expression « formation géologique » au lieu de « formation rocheuse », pour les raisons invoquées par le Rapporteur spécial. L'expression « contenant de l'eau » pourrait avoir une certaine utilité car elle a le mérite d'être immédiatement compréhensible pour le profane. Elle est également satisfaite par la suppression du mot « exploitable ». À l'alinéa *b*, le membre de phrase entre crochets « [, associé chacun à des formations géologiques particulières,] » est redondant et devrait être supprimé. À l'alinéa *b*, l'expression « plus de deux » a été remplacée par « deux ou plus »; le paragraphe 9 du rapport doit être modifié en conséquence.

8. Pour ce qui concerne les aquifères mentionnés à l'alinéa *e* et au paragraphe 10 du rapport (aquifères pouvant être réalimentés artificiellement), tout État dans lequel se trouve un aquifère artificiellement réalimenté devrait peut-être être assujetti à des obligations plus strictes de non-pollution qu'un État dont les aquifères sont alimentés naturellement, par les précipitations par exemple.

9. Dans la première phrase du paragraphe 1 du projet d'article 3, le mot « encouragé » est trop faible: les États d'un aquifère transfrontière devraient être « engagés vivement » à conclure des arrangements bilatéraux ou régionaux. Les États tiers qui peuvent avoir une influence sur les aquifères ou être influencés par eux, même si les aquifères ne se trouvent pas sur leur territoire, devraient être associés à la négociation de ces arrangements. Mme Escarameia demande des éclaircissements au Rapporteur spécial sur ce point. Le paragraphe 3 paraît aussi reléguer le projet de convention à un rôle des plus subsidiaires en encourageant les États à conclure des arrangements bilatéraux et régionaux indépendamment des principes généraux énoncés dans le projet, ce qui est inacceptable, comme l'a indiqué le Rapporteur spécial ailleurs dans son rapport. Il convient donc de mentionner le respect de ces principes dans le paragraphe 3.

10. Dans la deuxième partie, en ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 5, Mme Escarameia se demande comment il est possible, dans la pratique, d'évaluer la « pérennité » d'un aquifère ou d'un système aquifère. Plusieurs auteurs ont évoqué la notion de « revalorisation économique » d'un aquifère, et il faudrait envisager de la retenir comme critère.

11. Dans le projet d'article 6, il faudrait mentionner, peut-être à l'alinéa *c* du paragraphe 1, l'importance vitale de l'approvisionnement en eau potable. L'accent doit être mis sur les utilisations les plus importantes de l'eau dont les populations sont tributaires pour leur subsistance.

12. Au paragraphe 1 du projet d'article 7, le seuil retenu (dommage « significatif ») qui est inacceptable dans les règles générales relatives à la responsabilité, l'est a fortiori, dans le contexte des aquifères. Plusieurs auteurs ont fait observer que le principe de précaution va à l'encontre de l'emploi du terme « dommage significatif » et qu'il serait préférable de simplement se référer à un « dommage », l'impact de certaines activités ne devenant apparent que des années plus tard. Le principe de précaution est énoncé dans les Règles de Berlin relatives aux ressources en eau, adoptées par l'Association de droit international en 2004[1], et Mme Escaramaia est fermement convaincue qu'il devrait aussi être incorporé dans la convention. Au paragraphe 3, il faudrait mentionner l'éventualité où un État tiers cause un dommage à un État de l'aquifère et traiter de la question de l'indemnisation.

13. M. MATHESON félicite le Rapporteur spécial pour son rapport où il a clairement exposé les problèmes et proposé des solutions mûrement pesées. Tout ce travail ne pourra que bénéficier aux populations tributaires des aquifères pour la satisfaction de leurs besoins essentiels.

14. M. Matheson dit qu'il fera trois observations générales: premièrement, il faut comprendre que l'utilisation et la protection des aquifères ne peuvent être efficacement assurées qu'aux niveaux bilatéral ou régional, avec l'adoption de mesures spécifiques et adaptées aux caractéristiques particulières de chaque système aquifère et aux besoins des États de l'aquifère en question. La Commission devrait se borner à énoncer des principes généraux pour guider les États et les encourager à conclure des arrangements bilatéraux et régionaux, mais elle ne saurait prétendre apporter une solution globale à la question. Les États qui ont un aquifère sur leur territoire doivent disposer de la latitude voulue pour régler leur situation selon les besoins et les circonstances qui leur sont propres, et les choix qu'ils opèrent doivent être respectés. Dans l'ensemble, les propositions du Rapporteur spécial prennent en considération cet élément crucial, même si les formulations proposées n'ont pas toujours la clarté voulue. En tout état de cause, la marge de manœuvre et l'autorité des États de l'aquifère ne devraient pas être restreintes au-delà de ce qui est prévu dans le projet actuel.

15. Deuxièmement, M. Matheson souscrit pleinement à l'accent mis par le Rapporteur spécial sur la promotion d'une utilisation et d'une protection raisonnables des aquifères. Cependant, il importe de ne pas imposer aux États des exigences trop strictes, irréalistes ou susceptibles de compromettre indûment d'autres intérêts importants des États concernés, notamment la satisfaction des besoins essentiels de leur population et la protection d'autres biens environnementaux. Par exemple, on ne peut pas s'attendre à ce que les États soient en mesure de prévenir tous les types de pollution qui menacent les aquifères, de mettre fin à toutes les utilisations qui pourraient conduire à leur épuisement ou de cesser toutes les activités qui pourraient occasionner un quelconque dommage. Dans certains cas, cela reviendrait à exiger l'impossible sur le plan technique ou économique et, dans d'autres, à accaparer des ressources publiques qui devraient être allouées à des besoins plus pressants. Il faut établir un juste équilibre entre l'impératif de protection des aquifères et la nécessité de les utiliser pour la satisfaction des besoins de la population. Dans l'ensemble, le Rapporteur spécial a été très attentif à ces considérations, même si, là encore, la formulation manque parfois de clarté. M. Matheson tient à répéter qu'il faut se garder d'imposer aux États de l'aquifère des exigences plus strictes que celles qui figurent dans le projet actuel.

---

[1] Association de droit international, *Report of the Seventy-First Conference (Berlin 2004)*, Londres, 2004, p. 335 à 412.

16. Troisièmement, en ce qui concerne la forme finale que prendra le projet d'articles, M. Matheson est de ceux qui considèrent que la Commission devrait adopter des principes non contraignants encourageant les États d'aquifères à conclure des arrangements bilatéraux et régionaux plutôt qu'une convention ayant force obligatoire. Tout en se pliant aux souhaits du Rapporteur spécial de laisser cette question de côté, M. Matheson pense qu'il faut prendre grand soin de ne pas préjuger de la réponse qui y sera apportée. Le texte actuel est rédigé sous forme d'une convention contraignante, puisqu'il contient des termes tels que « convention », « article » et « État partie », qui renvoient tous à un accord international. De même, certaines formes verbales (« *shall* », dans la version anglaise) et des termes comme « obligation » sont l'indication d'un texte juridiquement contraignant. Il serait peut-être utile de mettre ces termes entre crochets pour indiquer clairement que leur utilisation est provisoire. M. Matheson souscrit à la recommandation du Rapporteur spécial de n'examiner la question des clauses finales qu'une fois que la Commission se sera prononcée sur la forme finale de l'étude.

17. M. BROWNLIE félicite chaleureusement le Rapporteur spécial pour l'excellent travail qu'il a réalisé sur un sujet des plus importants et qui est utilement complété par des études et des communications provenant de sources supplémentaires. Il considère que le projet de convention est ambitieux et complet et qu'il mérite l'appui de la Commission malgré quelques points sujets à caution. Il ne faudrait pas, par exemple, qu'en s'appuyant sur la contribution de spécialistes des aquifères, la Commission ne néglige le droit international général, qui revêt pourtant la plus grande importance pour bon nombre de projets et de différends interétatiques. C'est avec raison que le Rapporteur spécial traite de la relation existant entre le projet d'articles et d'autres conventions et accords internationaux à l'article 4, mais le problème analogue du rapport entre le projet d'articles et le droit international général n'y est pas mentionné.

18. Dans les conférences qu'il a données à l'Académie de droit international de La Haye, Richard Baxter, éminent professeur de droit international et juge à la CIJ, a fait observer que si la codification laisse à désirer, elle peut avoir un résultat négatif en remettant en cause des éléments importants du droit coutumier ou du droit international général[2]. M. Brownlie pourrait accepter le projet d'article 7 (Obligation de ne pas causer de dommage) si celui-ci visait à combler des lacunes du droit international coutumier là où il manque de clarté ou ne prévoit aucune voie de recours. Il doute toutefois de l'opportunité d'inclure une disposition telle que l'article 7 sans en inclure une autre relative aux principes du droit international général. Une des décisions les plus marquantes de la CIJ, celle rendue dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, a établi le principe selon lequel un État est responsable pour tout dommage causé à ses voisins par des sources dont il avait, ou aurait dû avoir, connaissance [p. 245 de l'arrêt]. Il faudrait garantir ce principe dans des situations où un aquifère ou un système aquifère est le vecteur d'un dommage causé aux États voisins et que l'État de l'aquifère en avait connaissance ou aurait dû en avoir connaissance. Le projet d'article 4 devrait donc être complété par une disposition protégeant les principes existants du droit international général. Il n'y a aucune raison que de tels principes ne s'appliquent pas aux aquifères, même si dans l'affaire du *Détroit de Corfou* il s'agissait des eaux territoriales de l'Albanie.

19. M. GAJA dit que le Rapporteur spécial mérite des éloges pour être parvenu à des conclusions qui sont politiquement acceptables tout en répondant aux préoccupations exprimées par les scientifiques. Bon nombre de ses propositions ne prêtent guère à la critique, même si les principes généraux énoncés dans le projet d'articles peuvent sembler trop généraux et donc peu utiles pour les États concernés. Le principe de l'utilisation équitable et raisonnable est consacré dans la Convention de 1997, mais il demeure vague en raison du nombre de facteurs qui doivent être pris en considération pour son application. Si deux ou plusieurs États concluent un accord concernant un aquifère transfrontière, il serait difficile de dire si l'accord en question respecte ou non ce principe. Si l'application du principe était confiée à une juridiction internationale, le résultat serait difficile à prévoir. Toutefois, il serait difficile pour la Commission d'établir des règles plus précises dans un domaine aussi complexe et aussi méconnu.

20. Le Rapporteur spécial a fourni à la Commission une documentation volumineuse, mais peu de ce qu'elle renferme concerne directement les eaux souterraines transfrontières. En 2004, la Commission a demandé aux États de lui donner des informations sur leur pratique en la matière, mais, jusqu'à présent, les réponses reçues contiennent peu d'informations nouvelles si ce n'est sur les accords bilatéraux et régionaux, dont quelques-uns seulement portent spécifiquement sur les eaux souterraines. Ceux qui sont effectivement consacrés à ces eaux prévoient seulement l'échange d'informations et ne contiennent aucune disposition sur la manière dont les ressources en eau devraient être réparties, ce qui est après tout la question cruciale (voir A/CN.4/555 et Add.1).

21. En ce qui concerne la souveraineté des États sur les eaux souterraines qui se trouvent sur leur territoire, le Rapporteur spécial semble désormais prêt à concéder que, bien que les États de l'aquifère soient tenus par un certain nombre d'obligations, ils « ont des droits souverains sur les ressources naturelles relevant de leur juridiction » (par. 19 du rapport). Il y aurait peut-être lieu de le préciser dans le corps du texte du projet d'articles, pour échapper à la critique selon laquelle la Commission chercherait à restreindre la souveraineté des États sur les ressources en eau situées sur leur territoire, du seul fait que cette souveraineté est partagée avec les autres États de l'aquifère. Indiquer expressément que les États ont des droits souverains en même temps que des obligations permettrait de surmonter des obstacles à l'acceptation des normes.

22. Étant donné la définition du champ d'application qui figure à l'article premier, M. Gaja partage l'avis de M^me^ Xue selon lequel le projet devrait indiquer clairement

[2] « Treaties and Custom », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1970-I*, vol. 129, Leyde, Sijthoff, p. 25 à 105.

dans quelle mesure les activités qui ont, ou sont susceptibles d'avoir, un impact sur les aquifères sont couvertes. Comme l'a fait observer Mme Escarameia, les activités visées pourraient aussi comprendre les activités menées par des États tiers dont le comportement pourrait avoir un impact sur les États de l'aquifère.

23. M. Gaja n'est pas entièrement satisfait par les définitions de « aquifère alimenté » et « aquifère non alimenté », qui semblent superflues. Elles reposent sur la distinction entre un volume d'alimentation négligeable et non négligeable, qui n'est pas aisée à établir. Quoi qu'il en soit, comme cette distinction ne semble pertinente qu'en raison des obligations différentes imposées à l'article 5, il serait préférable d'établir une distinction plus souple entre les aquifères à l'article 5, en indiquant simplement que la question de la pérennité, et peut-être d'autres, ne se pose que lorsque l'aquifère est alimenté par des eaux contemporaines. Incidemment, M. Gaja fait observer que la référence à la pérennité de l'aquifère ne signifie pas que « la ressource naturelle renouvelable doit être maintenue à un niveau qui assure le rendement durable maximal » (par. 21 du rapport). Ce principe s'applique aux pêcheries mais pas nécessairement aux eaux souterraines, car les États concernés pourraient très bien opter pour une exploitation en deçà des limites d'un rendement durable maximal.

24. La future convention sur le droit des aquifères transfrontières n'est pas appelée à être une nouvelle Charte des Nations Unies. Il serait donc préférable de ne pas indiquer au premier paragraphe de l'article 4 que les dispositions de la Convention de 1997 « ne s'appliquent que dans la mesure où elles sont compatibles avec celles de la présente Convention ». Un tel énoncé présuppose en effet que tous les États parties partageant un aquifère sont parties à la nouvelle convention. En revanche, toutes les obligations en vertu de la Convention de 1997 demeureraient en vigueur vis-à-vis de tout État de l'aquifère qui y serait partie sans être partie au nouvel instrument. C'est pourquoi il serait peut-être utile d'élaborer un protocole à la Convention de 1997.

25. De même, les obligations découlant d'un accord régional pour un État qui n'est pas partie à un nouvel instrument ne s'en trouveraient pas affectées. Dans son libellé actuel, le paragraphe 2 de l'article 4 pourrait toutefois donner l'impression du contraire. Il faudrait peut-être remanier le texte et préciser que, même pour les États pour lesquels il serait devenu contraignant, l'instrument ne serait pas réputé l'emporter sur d'autres accords internationaux.

26. En ce qui concerne l'indemnisation en cas de dommage causé à un autre État de l'aquifère, M. Gaja partage l'avis exprimé par M. Brownlie. Au paragraphe 3 de l'article 7, l'affirmation selon laquelle l'État ayant causé le dommage se doit, « le cas échéant, de discuter de la question de l'indemnisation » donne l'impression que l'État en question n'a aucune obligation d'indemnisation. L'idée qui sous-tend la disposition est certes que l'État qui a causé le dommage a pris toutes les mesures nécessaires pour l'éviter. Tel qu'il est libellé, le texte indique qu'un dommage significatif a « néanmoins » été causé, et ce, nonobstant l'obligation de prévenir tout dommage et non malgré le fait que cette obligation a été respectée. Il s'agit peut-être d'un problème de rédaction. Une autre source de confusion pourrait être que le paragraphe 3 évoque l'obligation d'éliminer ou d'atténuer le dommage, qui s'appliquerait indépendamment du fait que l'obligation de prévention a été ou non respectée. Il faudrait indiquer clairement que si les États ont l'obligation de discuter de la question de l'indemnisation et non l'obligation d'indemniser c'est parce que l'on présuppose que l'obligation de prévention a été respectée par l'État responsable du dommage.

27. La meilleure méthode à suivre concernant les travaux futurs sur les eaux souterraines transfrontières consisterait à établir un groupe de travail qui examinerait les dispositions proposées en vue de parvenir à un consensus. Le texte pourrait alors être renvoyé en plénière, puis au Comité de rédaction, qui le parachèverait. Un tel processus prendrait plusieurs semaines, ce qui repousserait l'adoption en première lecture à 2006, mais la Commission aurait ainsi l'occasion de recevoir les commentaires et les renseignements des États avant d'achever la rédaction des articles.

28. M. CHEE félicite le Rapporteur spécial pour son excellent travail. Il constate toutefois qu'il n'a pas été tenu compte de la nécessité d'établir un organe qui serait chargé de veiller au respect de la convention. Les traités internationaux relatifs à l'eau contiennent généralement une disposition à cet effet comme le projet du traité de Bellagio, qui prévoit, à l'article III, la création d'une commission chargée de superviser et de contrôler l'application de l'instrument[3].

29. Un autre élément important qui fait défaut est une procédure de règlement des différends. Les traités internationaux relatifs à l'eau prescrivent généralement le règlement pacifique des différends par la médiation, la conciliation ou l'adjudication; c'est notamment le cas de l'Article 33 de la Charte des Nations Unies. Depuis la Déclaration de Madrid de 1911 sur la réglementation internationale de l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation[4] jusqu'aux Règles d'Helsinki de 1966 relatives aux usages des eaux de cours d'eau internationaux[5], tous les instruments juridiques régissant l'utilisation des eaux internationales préconisent une procédure de médiation et de conciliation. Certains de ces instruments en font même une procédure obligatoire. L'article XV du projet du traité de Bellagio prévoit une procédure de règlement à plusieurs étapes et l'article XVI prévoit la saisine de la CIJ si la conciliation n'aboutit pas[6].

---

[3] Hayton, Robert D. et Albert E. Utton, « Transboundary groundwaters: the Bellagio draft treaty », *Natural Resources Journal*, vol. 29, no 3, p. 663 à 720, à la page 684.

[4] Institut de droit international, *Annuaire*, vol. 24, session de Madrid, avril 1911, Paris, Pedone, 1911.

[5] Association de droit international, *Report of the Fifty-Second Conference (Helsinki 1966)*, Londres, 1967, p. 484 à 533. Une traduction de l'essentiel du texte des Règles d'Helsinki est reproduite dans *Annuaire… 1974*, vol. II (2e partie), document A/CN.4/274, par. 405, p. 396 à 398.

[6] Hayton et Utton, loc. cit. (note 3, *supra*), p. 714 et 718, respectivement.

30. Étant donné ce qui précède, M. Chee n'est pas certain que les temps soient mûrs pour élaborer un projet de convention sur le sujet. Un ancien rapporteur spécial de la Commission, M. McCaffrey, a affirmé dans un essai intitulé *The Law of International Watercourses: Non-Navigational Uses*, qu'à la lumière des renseignements disponibles sur la pratique des États et des efforts de codification récents comme la Convention de 1997, il semble que, dans l'état actuel du droit, les principes généraux et les règles régissant les utilisations d'eaux internationales à des fins autres que la navigation s'appliquaient aux eaux souterraines partagées[7]; on peut dire, dès lors, que le droit des eaux souterraines internationales en est encore à ses premiers balbutiements. De l'avis de M. McCaffrey, les caractéristiques et le comportement des eaux souterraines justifieraient l'adoption d'une réglementation et de normes de protection plus strictes que celles qui s'appliquent aux eaux de surface. Le régime juridique actuel qui régit les eaux de surface, tel qu'il est énoncé dans la Convention de 1997, pourrait être suffisamment souple pour pouvoir être adapté aux exigences particulières des eaux souterraines, mais seulement jusqu'à l'élaboration d'un régime spécial des eaux souterraines internationales[8].

31. M. ECONOMIDES dit qu'il importe de déterminer si le sujet à l'examen relève de la codification, du développement progressif ou des deux. Le Rapporteur spécial a relevé la pratique peu abondante des États et la rareté des instruments juridiques dans ce domaine au paragraphe 3 de son rapport. À l'évidence, l'état de la pratique n'est pas suffisant pour permettre à la Commission d'entreprendre un exercice de codification; elle se doit donc de procéder par analogie. Il est évident que les eaux transfrontières, qu'elles soient de surface ou souterraines, soulèvent des questions qui vont au-delà de la souveraineté nationale et qui relèvent du droit international. Il partage la position de M^me^ Escarameia selon laquelle la force du projet d'articles risquerait d'être amoindrie si la Commission suivait de trop près la Convention de 1997. Il faut donc continuer d'étudier le sujet sans hâte indue car l'accord d'un grand nombre d'États est primordial; M. Economides pense comme M. Gaja qu'au stade actuel, il est préférable de confier le projet à un groupe de travail plutôt que de le renvoyer au Comité de rédaction.

32. Dans le projet d'article 2 (Emploi des termes), le membre de phrase qui figure entre crochets à l'alinéa *b* « associer chacun à des formations géologiques particulières » est redondant, comme l'a fait observer fort justement M^me^ Escarameia. Au paragraphe 9 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que l'expression a été insérée dans le texte pour indiquer qu'un système aquifère pourrait se composer non seulement d'aquifères appartenant aux mêmes formations géologiques mais aussi d'aquifères appartenant à des formations géologiques différentes. Pourtant, à l'alinéa *a* du même article, un aquifère est défini comme « une formation géologique perméable », ce qui tend à indiquer qu'un aquifère pourrait être associé à une formation géologique unique, pour autant qu'elle soit perméable. M. Economides demande des éclaircissements au Rapporteur spécial sur ce point. Il note par ailleurs que la notion d'utilisation de l'eau a été totalement supprimée des définitions. S'il est d'accord avec le Rapporteur spécial pour estimer que le terme « exploitable » prête à controverse (par. 8), il est néanmoins convaincu que la notion d'utilisation devrait être définie. Il se demande également si l'expression « superposée à une couche moins perméable » fait partie intégrante de la définition d'« aquifère ». Si ce n'est pas le cas, comme il en a l'impression, pourquoi l'inclure?

33. Enfin, M. Economides fait observer que la version précédente se référait à l'eau contenue dans l'aquifère, le nouveau texte utilise l'expression « l'eau contenue dans la zone saturée de la formation ». Cela signifie-t-il qu'un aquifère est constitué de différentes zones? Qu'est-ce qui constitue un aquifère au sens strict? Le texte n'est pas très clair sur ce point. Tout cela montre que la Commission tâtonne encore et que plusieurs problèmes importants touchant la définition des aquifères doivent encore être réglés.

34. En ce qui concerne le projet d'article 3, tous les États qui partagent un aquifère devraient être encouragés à conclure des arrangements bilatéraux et régionaux. Comme l'a fait observer M. Matheson, la question pourrait être réglée uniquement aux niveaux bilatéral et régional. Au niveau international, on pourrait donner des indications et élaborer des principes qui seraient utilisés dans le cadre de négociations bilatérales ou régionales. Deux États qui partagent un aquifère pourraient librement conclure un accord, pour autant qu'ils respectent le droit des autres. Cependant, le paragraphe 1 de l'article 3 va trop loin en ce qu'il dispose que, dans certains cas, de tels arrangements pourraient être conclus sans le consentement exprès des autres États. La deuxième phrase de la disposition devrait être supprimée. M. Economides propose de remplacer dans la première phrase le mot « encouragés » par un terme plus fort.

35. M. OPERTTI BADAN rappelle que le sujet tel qu'il avait été initialement proposé comprenait également le gaz et le pétrole et que ce n'est que dans un deuxième temps que la Commission a décidé d'axer ses travaux sur l'eau[9]. C'est peut-être la raison pour laquelle l'idée de considérer les ressources en eaux souterraines comme partagées s'en est trouvée diluée. M. Opertti Badan craint que les déclarations de certains membres ne conduisent la Commission à rouvrir des questions déjà réglées.

36. Le Rapporteur spécial a laissé ouverte la question de savoir si le texte final prendrait la forme d'une convention ou d'un ensemble de principes ou de recommandations, préférant se ménager un maximum de souplesse. Il se peut que la Commission décide par la suite qu'un ensemble de principes directeurs relatifs à la gestion des eaux souterraines suffirait et qu'il n'est pas besoin d'établir des normes, mais il ne faut pas préjuger de la forme finale que prendra l'exercice.

37. L'eau contenue dans les aquifères transfrontières n'est pas seulement assujettie au principe de la souveraineté territoriale, mais aussi aux règles librement consenties

[7] Oxford University Press, 2001, p. 433.

[8] Ibid.

[9] Voir *Annuaire… 2000*, vol. II (2^e^ partie), chap. IX, par. 726, p. 137, et annexe, p. 147; voir également *Annuaire… 2003*, vol. II (2^e^ partie), par. 40, p. 16.

par des États partenaires en vue d'une utilisation partagée dans l'intérêt commun plutôt que dans l'intérêt particulier d'un des États concernés. C'est là un domaine dans lequel la Commission pourrait fournir des orientations utiles.

38. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, qui est complet et repose sur des recherches solides. Il rappelle qu'en tant qu'ancien Président du Groupe de travail de la Sixième Commission dont les travaux ont conduit à l'adoption de la Convention de 1997, le Rapporteur spécial connaît chaque aspect du sujet susceptible d'être soulevé par des membres de la Commission[10]. Il est vrai que les projets d'articles ont un caractère très général et qu'ils reprennent dans une large mesure les dispositions de la Convention de 1997. Certains membres pourraient être déçus par cette approche, mais le Rapporteur spécial n'a pas vraiment d'autres options; un texte plus détaillé et plus directif susciterait un long débat qui empêcherait la Commission de clore ses travaux sur la question dans un avenir proche.

39. Dans ce contexte, M. Sreenivasa Rao rappelle que les travaux relatifs à la Convention de 1997 ont duré de nombreuses années et que de longs débats ont été consacrés à des questions telles que le seuil du dommage significatif, la souveraineté, l'utilisation équitable et raisonnable et l'obligation de ne pas causer de dommages. Il existe un risque bien réel que ces questions ne reviennent hanter la Commission sans que celle-ci ne puisse parvenir à une solution définitive. Il serait dès lors inutile de rouvrir le débat. À son sens, le terme « dommage significatif » n'a qu'une signification toute relative. L'adjectif « significatif » a été ajouté pour des raisons purement pratiques, à savoir pour empêcher les réclamations futiles ou à motivation politique.

40. S'agissant du sujet des eaux souterraines, M. Sreenivasa Rao rappelle que la Commission avait discuté du fait de savoir si les articles sur les cours d'eau internationaux pouvaient être considérés comme s'appliquant aussi aux eaux souterraines partagées entre plusieurs États. Le Rapporteur spécial de l'époque, M. Rosenstock, avait proposé d'en étendre l'application, *mutatis mutandis*, aux eaux souterraines[11].

41. L'idée de M. Gaja d'élaborer un protocole à la Convention de 1997 qui porterait sur les eaux souterraines est intéressante, mais la question pourrait être réglée plus simplement, en particulier à la lumière des doutes exprimés par M. McCaffrey dans l'article cité par M. Chee.

42. M. Sreenivasa Rao souscrit à l'observation de M. Matheson selon laquelle la Commission devrait faire preuve de la plus grande souplesse et s'en remet à l'appréciation du Rapporteur spécial et à sa familiarité avec le sujet pour élaborer des principes généraux sur la base des informations disponibles et en conformité avec les travaux passés de la Commission. Ainsi, il appuie pleinement la décision du Rapporteur spécial d'élaborer des projets d'articles à caractère plutôt général. En tout état de cause, la question devait être examinée plus avant par un groupe de travail.

43. M. PELLET sait gré au Rapporteur spécial du soin qu'il a apporté à son troisième rapport mais dit qu'il aurait par moment préféré y trouver plus de détails sur le raisonnement qui sous-tend les décisions du Rapporteur spécial. Souvent, le lecteur est simplement renvoyé à des rapports ou à des débats précédents et s'il est vrai que plusieurs questions ont déjà fait l'objet de débats, ce n'était pas toujours le cas. Même pour les questions qui ont déjà été discutées, un rappel du raisonnement qui avait conduit à choisir tel ou tel terme n'aurait pas été de trop.

44. S'agissant des définitions qui figurent dans le projet d'article 2, M. Pellet se demande si, comme le laisse entendre l'alinéa *a*, le terme « aquifère » pourrait être utilisé si la couche perméable n'était pas saturée. Il se demande également s'il y a une raison de parler, à l'alinéa *c*, d'un aquifère ou d'un système aquifère réparti sur « différents États » au lieu d'utiliser l'expression plus usuelle « dans deux ou plusieurs États ». Tout en se félicitant de l'ajout des alinéas *e* et *f*, notamment à la lumière de la distinction établie au paragraphe 2 du projet d'article 5 entre les aquifères transfrontières alimentés et non alimentés, il se demande si l'expression « eau contemporaine » est un terme technique usuel ou s'il a été forgé par le Rapporteur spécial. Dans le premier cas, il faudrait en indiquer la source; dans le second, le terme devrait être défini dans le projet d'article ou du moins dans le commentaire.

45. Passant à l'explication du terme « formation géologique » qui est donnée au paragraphe 8 du rapport et selon laquelle de telles formations peuvent être constituées de matières autres que la roche, M. Pellet se demande de quelles matières il s'agit. Il faudrait l'expliquer dans le rapport et dans le commentaire. Il se demande aussi pourquoi, au paragraphe 9 du rapport, un système aquifère est décrit comme une série de plus de deux aquifères et non comme une série de « deux aquifères ou plus », comme il est indiqué à l'alinéa *b* du projet d'article 2. Par ailleurs, l'expression « contenant de l'eau » qui figure entre crochets à l'alinéa *a* du projet d'article 2 et l'expression « associé chacun à une formation géologique particulière » à l'alinéa *b* du même article sont inutiles.

46. Il est tout à fait regrettable que les commentaires et les observations reçus des États et des organisations intergouvernementales compétentes (A/CN.4/555 et Add.1), un document intitulé «*Shared Natural Resources: Compilation of international legal instruments on groundwater resources*» et d'autres documents de base établis par le Rapporteur spécial n'aient été distribués qu'en anglais[12].

47. À la lecture des projets d'articles, on ne peut qu'être frappé par leur ressemblance avec les dispositions de la Convention de 1997. Cette ressemblance est tout à fait légitime étant donné la proximité des sujets, mais il serait tout aussi légitime qu'ils s'en écartent, là où les caractéristiques particulières des systèmes d'aquifères l'exigent. Ainsi, les raisons avancées par le Rapporteur spécial pour

[10] Voir le rapport de la Sixième Commission réunie en Groupe de travail plénier (A/51/869).

[11] *Annuaire… 1994*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/462, annexe, par. 38 et 39, p. 134 et 135.

[12] La distribution de ces documents a été limitée aux membres de la Commission. Le document A/CN.4/555 et Add.1 est reproduit dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).

expliquer pourquoi il s'écarte du texte de la Convention de 1997 sont tout à fait compréhensibles, même si elles sont parfois trop sommaires. La préférence manifestée par le Rapporteur spécial pour le terme « arrangements » au paragraphe 2 du projet d'article 3 au lieu d'« accords », qui figure au paragraphe 2 de l'article 3 de la Convention de 1997, est acceptable, de même que les raisons qu'il invoque pour préférer la formulation utilisée au paragraphe 2 du projet d'article 5 au lieu de celle qui figure au paragraphe 1 de l'article 5 de la Convention de 1997 (par. 22). M. Pellet souscrit également au nouveau libellé proposé pour le projet d'article 6, qui constitue une amélioration par rapport à la Convention de 1997. Tout en étant favorable au paragraphe 2 du projet d'article 9, il estime qu'il faudrait expliquer davantage les raisons de cette inclusion; de plus cette disposition serait mieux à sa place au début ou à la fin du projet d'article 10.

48. À plusieurs reprises, les formulations utilisées dans le projet d'articles constituent une amélioration par rapport à la Convention de 1997. M. Pellet espère sincèrement que le Comité de rédaction et la Commission retiendront ces améliorations. Il pense, en particulier, aux projets d'articles 10 et 18 (bien qu'il n'ait plus aucune illusion sur la générosité des pays riches et sur la soif de profit du secteur privé); le paragraphe 1 du projet d'article 19, consacré aux situations d'urgence, est mieux formulé que l'article correspondant de la Convention de 1997. Dans les projets d'articles 16 et 17, le Rapporteur spécial a à juste titre simplifié les procédures prévues par la Convention de 1997 en faveur de mécanismes de notification et de consultation plus souples et plus réalistes. En revanche, le projet d'article 20, sur les conflits armés, qui se borne à reproduire l'article 29 de la Convention de 1997, et le projet d'article 21, relatif à la défense ou à la sécurité nationale, n'apportent rien de nouveau et ne sont pas utiles aux fins du projet; c'est pourquoi le projet d'article 20 et, probablement, le projet d'article 21 ne devraient pas être renvoyés au Comité de rédaction. Le projet d'article 4 sur la relation avec les autres conventions et accords internationaux, selon lequel les dispositions du projet de convention l'emportent pour tout ce qui concerne les aquifères ou les systèmes aquifères transfrontières, devrait être inséré à la fin du projet de convention.

49. Dans les exemples qu'il vient de mentionner, M. Pellet approuve les raisons avancées par le Rapporteur spécial pour s'écarter du texte de la Convention de 1997, même s'il aurait souvent aimé une explication plus détaillée. Dans d'autres cas, cependant, le Rapporteur spécial n'a pas expliqué pourquoi il s'était écarté du texte de la Convention de 1997. Beaucoup de différences pourraient simplement être attribuées à des problèmes de traduction. Par exemple, il n'était pas sûr que le libellé du projet d'article 3 constitue une amélioration par rapport à l'article correspondant de la Convention de 1997, car sa formulation par trop circonspecte pourrait créer des problèmes d'interprétation et d'application. Il n'est pas non plus convaincu que le paragraphe 3 du projet d'article 9 et le projet d'article 15 constituent une amélioration par rapport au paragraphe 2 de l'article 9 et à l'article 24 de la Convention de 1997. Il ne comprend pas non plus pourquoi le projet d'article 12 ne reproduit pas l'article 20 de la Convention de 1997 qui dispose que les États, séparément, et, s'il y a lieu, conjointement, protègent et préservent les écosystèmes, alors même que cette formulation soit utilisée ailleurs, dans le projet d'article 14. À moins d'apporter une amélioration évidente par rapport à la Convention de 1997, il serait préférable de se tenir au texte de cette dernière.

50. Comme la plupart des rapporteurs spéciaux ont malheureusement tendance à le faire, le Rapporteur spécial souhaite retarder le plus possible le moment où la Commission se prononcera sur la forme finale que prendra le projet d'articles. Une telle approche n'est pas sans inconvénient. Au paragraphe 1 du projet d'article 3, à l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 5 et au paragraphe 2 du projet d'article 8, les États de l'aquifère sont « encouragés » à prendre diverses mesures. Une telle formulation serait acceptable dans un texte non contraignant, mais elle n'a aucun sens dans une convention. Le paragraphe 2 du projet d'article 9 et le projet d'article 14 utilisent le même terme, mais contiennent aussi des explications qui seraient parfaitement acceptables dans le commentaire mais n'ont pas leur place dans une convention.

51. Il importe par conséquent que la Commission détermine en plénière si elle est en train d'élaborer des recommandations, des directives ou une convention avant de demander au Comité de rédaction d'élaborer un texte final, car les techniques de rédaction sont très différentes selon l'approche retenue. M. Pellet est pour sa part résolument en faveur d'une convention, ne serait-ce que parce que le sujet est indissociable de celui des cours d'eau internationaux. La meilleure solution serait peut-être, comme l'a suggéré M. Gaja, d'adopter un protocole à la Convention de 1997 qui tiendrait compte des caractéristiques particulières des eaux souterraines transfrontières. En tout état de cause, pour que le Comité de rédaction puisse établir un texte viable, la Commission doit décider quel type d'instrument elle souhaite élaborer. Cette question pourrait être examinée plus avant par un groupe de travail.

52. Avant de conclure, M. Pellet souhaite faire quelques observations sur des points précis. Premièrement, le paragraphe 2 du projet d'article 4 devrait être interprété, à l'instar du paragraphe 2 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer dont il est inspiré, comme accordant la priorité à la Convention sur les autres accords. En fait, toute la question de la relation entre le projet d'articles et d'autres instruments doit être examinée de plus près, car on comprend mal comment le paragraphe 2 de l'article 4 s'articule avec le projet d'article 3. Deuxièmement, comme le Rapporteur spécial l'a fait observer à juste titre au paragraphe 24 de son rapport, les facteurs naturels devaient être pris en compte; c'est pourquoi il serait préférable d'inclure dans le projet d'article 6 une référence expresse au paragraphe 1 du projet d'article 9 et au paragraphe 1 du projet d'article 10, qui contienne une liste indicative de ces facteurs et paramètres. Troisièmement, le paragraphe 2 du projet d'article 9 devrait être déplacé soit au début soit à la fin du projet d'article 10. Quatrièmement, étant donné l'importance primordiale du principe de précaution dans le cas des aquifères et, en particulier, des aquifères non alimentés, il est extrêmement regrettable que le Rapporteur spécial ait abordé ce principe avec autant de circonspection au paragraphe 33 de son rapport et dans le projet d'article 14, dans lequel les États de l'aquifère sont simplement « incités » à adopter

une attitude prudente. Enfin, tout en étant conscient que la CDI n'a pas pour pratique d'inclure les clauses finales dans les projets, il déplore que le Rapporteur spécial n'ait pas envisagé une clause relative aux réserves. Il est convaincu que la majorité des membres de la Sixième Commission accueilleraient favorablement, surtout dans un instrument relevant de la codification du droit international, des dispositions aussi précises que possible sur les réserves. C'est bien sûr à ceux qui négocieront le texte d'une convention ou d'un protocole qu'il appartiendra de rédiger dans les détails les clauses finales, mais si le projet d'articles devait comporter des clauses finales, celles-ci devraient traiter des réserves.

53. Pour conclure, M. Pellet souligne que les principales difficultés qu'il a rencontrées tiennent au fait que le projet d'articles n'est pas assez incisif, particulièrement en ce qui concerne les mesures de précaution, et aux problèmes qui se poseraient si la Commission renvoyait le texte au Comité de rédaction sous sa forme actuelle, sans se prononcer au préalable sur la forme finale qu'il devrait prendre.

54. M. Sreenivasa RAO souscrit à la position de M. Pellet selon laquelle la Commission devrait donner des instructions claires au Comité de rédaction concernant la forme finale du texte, mais il se demande si la Commission est en mesure de le faire du fait de l'ignorance dans laquelle se trouvent ses membres des caractéristiques des eaux souterraines et du manque de continuité conceptuelle des divers arrangements internationaux conclus dans ce domaine. Une convention élaborée sur la base de décisions arbitraires de la Commission qui ne seraient pas étayées par la pratique des États ou par la doctrine juridique serait sans grande utilité. Toutes les conventions doivent être universellement acceptables, applicables dans toute une série de situations locales et solides du point de vue juridique. Le projet devrait être examiné par un groupe de travail avant d'être renvoyé au Comité de rédaction, qui pourrait le compléter et l'améliorer, particulièrement en ce qui concerne la définition de ce qui constitue « une utilisation équitable et raisonnable ».

55. M. GAJA précise qu'il n'a pas proposé de remplacer le projet de convention par un projet de protocole, mais qu'il tenait simplement à indiquer que le paragraphe 1 de l'article 4 ne se prêtait pas à un nouvel instrument mais qu'il pourrait figurer dans un protocole à la Convention de 1997. Il ne serait possible d'appliquer les dispositions de la Convention de 1997 aux aquifères transfrontières ou aux systèmes aquifères « dans la mesure où ils sont compatibles avec ceux de la présente Convention » que si les États parties à la première Convention étaient aussi parties à la seconde ou si la Convention de 1997 était rendue plus souple, par exemple, grâce à un protocole. M. Gaja pense qu'il n'est sans doute pas nécessaire d'aller jusque-là, mais qu'il faudrait réexaminer et remanier le paragraphe 1 de l'article 4. Il pense, comme M. Sreenivasa Rao, qu'avant de le renvoyer au Comité de rédaction, le projet d'articles devrait être étudié par un groupe de travail qui examinerait notamment la forme finale qu'il devrait prendre.

56. M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) précise que le document A/CN.4/555 et Add.1, que M. Pellet a mentionné, a été distribué en anglais uniquement et dans une version non éditée parce que les commentaires et observations des États et des organisations intergouvernementales compétentes n'ont été reçus qu'à la dernière minute. Comme il s'agit d'un document officiel de la Commission, il sera distribué dans toutes les langues officielles dès qu'il aura été traduit. Cependant, le document intitulé « *Shared Natural Resources: Compilation of international legal instruments on groundwater resources* » ne sera disponible qu'en anglais, faute de crédits prévus pour la traduction de documents de cette nature.

Organisation des travaux de la session (*suite*)

[Point 1 de l'ordre du jour]

57. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA (Président du Groupe de planification) annonce que le Groupe de planification sera composé de M. Addo, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pellet, M. Sepúlveda et Mme Xue.

58. M. MANSFIELD (Président du Comité de rédaction) annonce que le Comité de rédaction sur le sujet des réserves aux traités est composé de M. Comissário Afonso, Mme Escarameia, M. Gaja, M. Matheson et Mme Xue.

59. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission qui souhaitent faire partie du Comité de rédaction sur ce sujet à le faire savoir à M. Mansfield.

60. M. PELLET (Président du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme) dit que le Groupe de travail est officiellement composé de M. Baena Soares, M. Galicki, M. Kamto, M. Koskenniemi et Mme Xue; M. Niehaus est membre d'office, en tant que rapporteur. Il invite néanmoins tous les membres de la Commission qui le souhaitent à participer aux réunions du Groupe de travail.

La séance est levée à 13 heures.

2833e SÉANCE

Mercredi 4 mai 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Ressources naturelles partagées *(suite)* [A/CN.4/549 et Add.1, sect. B, A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1, A/CN.4/555 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA remercie le Rapporteur spécial pour son troisième rapport sur les ressources naturelles partagées: les eaux souterraines transfrontières (A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1), dont la pièce maîtresse est sans conteste le projet d'articles. Ce texte est ambitieux dans sa conception, prudent dans son esprit, mais aussi irréaliste dans sa portée. Il est ambitieux du fait même de la nature du sujet. En effet, les eaux souterraines ne se livrent pas facilement à la vue du profane et il est à craindre que l'on ne puisse facilement déterminer leur cours et l'encadrement de leur utilisation. Pour le juriste, ce risque est tributaire de la méthode utilisée. Or, l'approche globale qui a été retenue revient à sacrifier la spécificité des eaux souterraines sur l'autel plus vaste des ressources naturelles partagées. En l'occurrence, un recentrage du sujet, à commencer par une réécriture de son intitulé, aurait été de mise pour éviter de mettre sur le même pied des ressources aussi différentes que le gaz, le pétrole et l'eau. L'alignement sur la Convention de 1997 contribue lui aussi à effacer la spécificité des eaux souterraines, alors même que les catégories consacrées par le régime de 1997, qui étaient pourtant fort utiles, ont disparu. C'est notamment le cas de la distinction entre État d'amont et État d'aval, qui est centrale pour la répartition des responsabilités. Il faudrait donc que cette distinction refasse surface pour rendre le projet d'articles plus opérationnel.

2. En ce qui concerne la prudence dont a fait preuve le Rapporteur spécial, M. Pambou-Tchivounda rappelle que, la veille, les membres de la Commission se sont interrogés sur le sens de l'exercice et sur la forme que devait prendre le résultat final. Or, le Rapporteur spécial montre lui-même la voie à suivre dans son troisième rapport. Ainsi, il indique au paragraphe 2 qu'il propose une série complète de projets d'articles pour une convention sur le droit relatif aux aquifères transfrontières. Au paragraphe 13, il précise que le projet de convention est réputé déboucher sur une convention-cadre et que les États de l'aquifère sont censés respecter les principes fondamentaux qui y sont énoncés lorsqu'ils formulent des arrangements. Les États sont toutefois autorisés à s'écarter de ces principes si les caractéristiques spéciales d'un aquifère particulier nécessitent certains aménagements. C'est pourquoi M. Pambou-Tchivounda milite en faveur de l'élaboration d'une convention-cadre, forme qui se prête le mieux aux accommodements, s'ordonne autour de principes généraux et s'inscrit dans le contexte des principaux domaines du droit de l'environnement.

3. Il reste que l'excès de généralité peut nuire à toute construction d'envergure conceptuelle. Ainsi, le projet se révèle parfois irréaliste dans sa portée. L'article premier, consacré au champ d'application, dispose par exemple que la convention s'applique à l'utilisation d'aquifères et de systèmes d'aquifères transfrontières, sans toutefois définir le terme «utilisation», non plus que les «autres activités» qui ont, ou sont susceptibles d'avoir, un impact sur ces aquifères ou systèmes d'aquifères. Quant aux mesures de protection et de gestion, elles ne sont pas connues puisque, par définition, elles ne peuvent exister qu'en application de la convention-cadre. Rien ne permet donc d'avoir la moindre idée du champ d'application et de l'objet du projet d'articles. Or il serait important, selon M. Pambou-Tchivounda, de faire apparaître la différence entre utilisations «principales» et utilisations «incidentes». La définition de ce terme est d'autant plus nécessaire que l'utilisation obéit à la fois à la logique de l'équitable et à la logique du raisonnable, notions qui sont loin de faire l'objet d'une lecture homogène en droit international général.

4. Les lacunes du projet sur le plan institutionnel ont été soulignées par d'autres membres et M. Pambou-Tchivounda souscrit à ces observations. Un autre exemple de la tendance à l'irréalisme du Rapporteur spécial tient au fait que tous les États, qu'ils soient d'amont ou d'aval, sont placés au même niveau. On peut ainsi s'étonner du peu de place qui est faite aux États tiers intéressés par la réalimentation et le déversement de l'aquifère, alors qu'ils ont forcément un rôle à jouer et donc des droits à faire valoir.

5. M. Pambou-Tchivounda évoque ensuite ce qu'il appelle le mirage de l'assistance scientifique et technique proposée en faveur des pays en développement à l'article 18 du projet, et rappelle l'impact que pareille clause a eu sur des constructions juridiques telles que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il considère enfin qu'un principe général tel que celui de la souveraineté permanente de l'État sur les ressources naturelles doit être affirmé ailleurs que dans le préambule.

6. M. OPERTTI BADAN dit qu'il suivra, pour ses commentaires, la structure proposée dans le troisième rapport. Il se félicite tout d'abord de ce que le Rapporteur spécial ne préjuge pas de la forme définitive que prendra le projet d'articles. D'autre part, il prend note avec satisfaction de l'aide technique apportée au Rapporteur spécial pour l'élaboration de son rapport, notamment par le Programme hydrologique international de l'UNESCO et le Ministère japonais des affaires étrangères.

7. En ce qui concerne le préambule, M. Opertti Badan pense aussi que le principe de la souveraineté des États sur les ressources naturelles devrait figurer dans le texte même du projet car il s'agit là d'un élément fondamental.

8. Pour ce qui est du champ d'application, M. Opertti Badan n'est pas convaincu par l'alinéa *b* de l'article premier, sauf si les activités en question sont le fait des États de l'aquifère et non d'États tiers, auquel cas elles seraient régies par le droit international général, notamment le droit de la responsabilité. Quant à l'alinéa *a*, il pourrait donner lieu à des interprétations ambiguës quant aux États qui seraient en droit de l'utiliser. Il est précisé que les systèmes d'aquifères nationaux sont exclus du champ d'application du projet d'articles, qui ne s'applique qu'aux aquifères transfrontières. L'objectif d'accords régionaux comme l'accord relatif à l'aquifère guarani est précisément que les États de l'aquifère puissent convenir d'une utilisation équitable et raisonnable de cette ressource naturelle. L'encouragement donné aux États de l'aquifère de

coopérer est donc très positif, de même que la précision selon laquelle un système d'aquifères peut être constitué d'une série de deux ou plusieurs aquifères, marquant ainsi la distinction avec les aquifères et systèmes d'aquifères transfrontières. On peut toutefois se demander ce qui se passerait si les États n'acceptaient pas la détermination du caractère transfrontière d'un aquifère donné. Il ne serait pas possible qu'un tel refus ait pour résultat de les priver de leur droit d'utiliser l'eau souterraine. L'inclusion d'une disposition expresse reconnaissant ce droit ajouterait à la clarté juridique du projet. En revanche, il n'est pas nécessaire de redéfinir le caractère transfrontière, car il existe une *communis opinio* sur cette notion qui figure dans de nombreux autres instruments internationaux.

9. En ce qui concerne la distinction entre aquifère alimenté et aquifère non alimenté, M. Opertti Badan a de sérieux doutes quant à son intérêt sur le plan juridique, même si elle existe sur le plan scientifique. Selon lui, elle n'est pas suffisante pour donner lieu à une norme. Par ailleurs, la notion d'aquifère alimenté exige d'introduire la notion de durabilité.

10. S'agissant des arrangements bilatéraux et régionaux, s'il est vrai que la reconnaissance du principe de souveraineté suppose que l'on ne puisse contraindre les États à conclure de tels accords, il n'en demeure pas moins que la convention devrait prévoir l'obligation pour les États sur le territoire desquels se trouve un système d'aquifères transfrontière, de coopérer en vue de l'utilisation raisonnable et équitable des ressources en eau. Il conviendra à cet égard de faire preuve de flexibilité. En tout état de cause, l'utilisation ordonnée d'une ressource naturelle telle que les eaux souterraines par les États qui en disposent serait un bon exemple de la manière dont la communauté internationale peut contribuer au respect des valeurs essentielles sans toutefois s'arroger le droit de les réglementer comme si elles avaient un caractère universel. Dans le cas de l'eau, entrent en jeu évidemment le principe géographique de la proximité et le critère d'intégration dans l'utilisation de ressources naturelles partagées. Le projet de convention devrait inciter les États à se concerter pour utiliser cette ressource, et à tenir compte de leurs accords d'intégration de façon à parvenir à des ententes qui permettent une plus grande intégration des infrastructures. Ainsi, les États du MERCOSUR ont engagé un processus d'élaboration d'un accord qui serait fondé sur les études scientifiques réalisées actuellement dans l'aquifère guarani.

11. La question de la relation du projet de convention avec d'autres conventions et accords internationaux peut se révéler, à l'avenir, extrêmement sensible. Selon M. Opertti Badan, il n'est pas utile d'établir expressément un lien entre la Convention de 1997 et le projet à l'étude. Ces deux instruments portent non seulement sur des objets différents, mais aussi sur des biens juridiques qui bénéficient d'une protection internationale distincte. En outre, aucune de ces conventions ne doit l'emporter sur l'autre.

12. Le projet consacre le principe de l'utilisation équitable et raisonnable d'un aquifère ou système d'aquifères transfrontière, qui n'est pas sans incidence sur la conduite ou le comportement des États concernés. Les critères objectifs à prendre en considération en la matière sont en premier lieu la superficie, puis le volume, en mètres cubes, de l'aquifère dans chaque État. Ce deuxième critère est lié à la fois à la superficie et à la profondeur de l'eau, laquelle est variable. Il convient également de se référer à des critères conventionnels qui permettent non seulement de déterminer la superficie et le volume, mais également de tenir compte des besoins de certaines régions moins pourvues en eau. L'on introduit dans ce cas des critères de rationalité et d'équité qui ont trait non plus à la quantité mais à la qualité de l'utilisation de la ressource.

13. La Commission devrait également accorder l'attention voulue à la question de l'élaboration de plans de mise en valeur d'un aquifère ou d'un système d'aquifères en vue de l'utilisation rationnelle de la ressource. À cet égard, l'article 5 du projet invite à rechercher des formules suffisamment flexibles qui tiennent compte tant de l'équilibre des intérêts en jeu que des problèmes urgents et des besoins. Les notions de durée de vie convenue de l'aquifère ou du système d'aquifères, ainsi que les besoins futurs et les autres ressources en eau des États de l'aquifère, doivent également être prises en considération.

14. En conclusion, M. Opertti Badan insiste sur un certain nombre de points. Tout d'abord, le projet de convention doit être conçu comme un encouragement à la conclusion d'accords sur la question des aquifères et des systèmes d'aquifères, et non comme un substitut aux règles déjà établies ou à venir. Deuxièmement, l'objectif de la Commission est de formuler des principes non contraignants, même si les règles que les États de l'aquifère élaboreront eux-mêmes auront, elles, un caractère contraignant. Troisièmement, il faudra que le droit international général soit respecté, tant par les États lorsqu'ils concluent des accords régionaux et bilatéraux que par la Commission. Quatrièmement, il convient de ne jamais oublier que l'on traite d'eaux transfrontières et non d'eaux internationales. Cinquièmement, le projet de convention devrait favoriser la conclusion d'accords et la concertation en vue d'une utilisation raisonnable d'un aquifère transfrontière par les États concernés. Toutefois, si cet objectif n'est pas atteint, cela ne signifie pas que chaque État concerné renonce à utiliser ses ressources dans la partie de l'aquifère ou du système d'aquifères située sur son territoire. À cet égard, l'inclusion d'une norme expresse en ce sens dans le projet de convention éviterait bien des problèmes futurs. Enfin, la question de l'exploitation partagée des ressources, et non de leur propriété, s'inscrit dans le cadre des accords d'intégration en matière de ressources naturelles.

15. M. KABATSI félicite le Rapporteur spécial pour son excellent rapport qui est le fruit de nombreuses consultations et reflète les vues d'États, de spécialistes et d'organes compétents sur des questions parfois sensibles, telles que, par exemple, la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Le Rapporteur spécial s'est néanmoins efforcé de trouver un équilibre entre les différents intérêts en jeu et est parvenu à élaborer un projet d'articles complet, qui constitue une excellente base pour les délibérations de la Commission.

16. M. Kabatsi craint cependant, comme d'autres membres de la Commission, que les propositions du

Rapporteur spécial ne soient trop générales pour être véritablement utiles dans le cadre d'une convention. Certains termes et expressions en particulier mériteraient d'être précisés, comme par exemple « négligeable » aux alinéas *e* et *f* de l'article 2, « de façon significative » au paragraphe 1 de l'article 3, « équitable et raisonnable » à l'article 5, et « dommage significatif » au paragraphe 1 de l'article 7.

17. Néanmoins, si l'étude en cours débouche sur une convention-cadre énonçant essentiellement des principes généraux régissant l'utilisation des eaux souterraines transfrontières, il est raisonnable de supposer que les arrangements et accords bilatéraux et régionaux seront suffisamment précis et détaillés pour fournir des orientations concrètes concernant l'utilisation, la gestion, la protection et la préservation de ces ressources.

18. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 26 de son rapport, les eaux souterraines constituent une ressource naturelle fragile. C'est pourquoi il peut être extrêmement difficile, pour ne pas dire impossible, de remédier à tout dommage d'origine humaine causé à ces ressources dont dépendent certaines communautés et certains pays. D'où la nécessité de bien réfléchir aux termes à employer, certaines expressions courantes étant plus facilement applicables à d'autres ressources. M. Kabatsi pense notamment à ce sujet à l'emploi du terme « significatif » pour qualifier le dommage causé à un État par le biais d'un aquifère. À son avis, si un tel dommage peut être détecté, les États concernés devraient avoir l'obligation d'intervenir sans attendre qu'il soit « significatif », avant qu'il ne devienne irréversible.

19. S'agissant de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, M. Kabatsi considère que l'on ne peut interdire aux États d'affirmer cette souveraineté, surtout en l'absence d'accords et dès lors qu'ils respectent les principes du droit international général, mais qu'il convient de ne pas surestimer l'importance de cette question. C'est pourquoi, si la Commission se propose d'élaborer des dispositions régissant l'utilisation raisonnable et équitable de ces ressources par les États, la question de la souveraineté doit être soumise à ces dispositions et aux accords bilatéraux et/ou régionaux, afin que les États concernés puissent bénéficier de ces ressources de manière équitable.

20. Enfin, M. Kabatsi partage l'avis du Rapporteur spécial, pour qui il n'est pas souhaitable de se prononcer sur la forme définitive du projet d'articles avant que l'on se soit plus ou moins accordé sur le fond. Il en va de même du préambule, lequel ne devrait être établi que lorsque les projets d'articles auront été adoptés et que tous les éléments à y incorporer seront connus. M. Kabatsi approuve globalement les propositions contenues dans le troisième rapport, en particulier la proposition de projet de convention sur le droit relatif aux aquifères transfrontières qu'un groupe de travail pourrait peut-être affiner avant son renvoi au Comité de rédaction.

21. M. KEMICHA note que le Rapporteur spécial a su à la fois rester aussi proche que possible de la Convention de 1997 et s'en éloigner lorsque la spécificité des aquifères l'imposait. Il partage l'avis de M. Pellet selon lequel la principale faiblesse du rapport réside dans l'extrême prudence du Rapporteur spécial, voire ses hésitations à se prononcer sur l'avenir des travaux de la Commission relatifs à cette question. En effet, la terminologie employée dans des membres de phrase tels que « les États de l'aquifère… sont encouragés à passer entre eux un arrangement bilatéral ou régional », au paragraphe 1 de l'article 3, ou encore « les États de l'aquifère sont incités à adopter une attitude prudente », à l'article 14 du projet, donne à penser que la Commission est saisie non pas d'un projet de convention aux effets contraignants pour les États qui y souscriront, mais de simples recommandations soumises au bon vouloir des États. Le fait que le Rapporteur spécial écrive au paragraphe 13 de son rapport que « le projet de convention est réputé être une convention-cadre » n'apporte pas d'éclaircissement sur ce point. C'est pourquoi M. Kemicha souscrit à l'idée exprimée par certains membres de la Commission de lever tout d'abord cette ambiguïté. Il est convaincu que le Rapporteur spécial n'a pas voulu trancher la question afin de laisser le soin à la Commission de se prononcer.

22. M^me^ XUE félicite le Rapporteur spécial pour le travail considérable et richement documenté qu'il a accompli et le remercie d'être aussi réceptif aux opinions de ses collègues et des États. Elle formule tout d'abord trois observations d'ordre général. Premièrement, étant donné que l'eau douce est rare et que les États ont besoin d'une quantité croissante de ressources pour leur développement social et économique, il est essentiel, à son avis, que la Commission commence à examiner la question des eaux souterraines transfrontières, d'autant qu'après avoir étudié pendant des dizaines d'années l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation elle est techniquement mieux armée pour se pencher plus avant sur la question des eaux souterraines. Ses échanges de vues avec la communauté scientifique et les États ont toutefois permis à la Commission de constater que l'utilisation des eaux souterraines transfrontières et, partant, le nombre de documents spécifiquement consacrés à cette question, étaient plutôt restreints, ce qui a compliqué la tâche du Rapporteur spécial. Par ailleurs, la spécificité des eaux souterraines − ressource limitée, circonscrite et fragile aux propriétés physiques particulières, et dont l'utilisation peut revêtir une importance différente pour chaque pays en fonction de sa situation sociale et économique − justifie que l'on prévoie une certaine souplesse et une place plus grande pour des arrangements bilatéraux et régionaux que dans le cas des cours d'eau internationaux. Or, ce n'est pas l'impression que donne le libellé du projet à l'examen, qui peut paraître encore plus strict ou moins flexible que celui de l'article 3 de la Convention de 1997. Le fait de mettre l'accent sur les arrangements bilatéraux ou régionaux ne signifie pas que les principes généraux doivent être laissés de côté. Au contraire, ils pourraient aider les États à négocier et conclure des accords que les États parties concernés seront prêts à accepter.

23. Deuxièmement, comme le Rapporteur spécial et d'autres membres l'ont fait observer, cette étude ne doit pas être considérée comme un simple prolongement de la Convention de 1997. Compte tenu de leur nature non renouvelable et de leurs caractéristiques physiques, la protection et la préservation des eaux souterraines doivent constituer un élément important des choix politiques. Le critère de durabilité doit être retenu non seulement en ce

qui concerne l'utilisation de l'eau, mais aussi du point de vue de la préservation du bon état écologique de l'aquifère ou du système d'aquifères. Par conséquent, s'agissant du champ d'application du projet de convention, la troisième catégorie d'activités, à savoir les mesures de protection, de préservation et de gestion, devrait figurer avant la deuxième, à savoir les autres activités. Les objectifs à atteindre dans ce domaine devraient en outre être formulés avec précision. Dans le même ordre d'idées, les activités entreprises par un État tiers dont le territoire ne comporte pas d'aquifère mais qui sont susceptibles d'avoir un impact négatif sur un aquifère d'un État voisin devraient également être prises en considération.

24. Troisièmement, comme avec les eaux de surface, on doit admettre qu'une simple utilisation peut avoir un impact négatif sur les ressources. Mme Xue partage l'avis de certains membres de la Commission qui ont fait valoir que le dommage devait être évalué au cas par cas. Les plus anciens savent que la Commission a choisi le critère de « dommage significatif » (après avoir parlé de dommage « important », ou « appréciable »), pour désigner un dommage dépassant le stade de « ordinaire »[1]. On pourrait employer le terme « dommage » sans le qualifier. Dans la pratique, cela ne ferait pas une grande différence; en tout cas, on n'en déduirait pas que n'importe quel dommage pourrait engager la responsabilité ou justifier une demande de réparation. La question de savoir quels dommages doivent être considérés comme ordinaires et donc tolérables est largement fonction de la situation concrète et des facteurs pertinents en jeu. Il convient toutefois de garder à l'esprit que le qualificatif a des conséquences du point de vue de l'action. Contrairement à l'affaire du *Détroit de Corfou*, dans laquelle l'obligation d'exercer la diligence due était l'élément déterminant engageant la responsabilité de l'État auquel le dommage était imputable, quelle que soit sa gravité, lorsqu'il est question de ressources naturelles et d'environnement, le critère de dommage ne peut être formulé de manière absolue parce que les choix politiques concernant l'utilisation des ressources reposent souvent sur un équilibre entre le droit d'utiliser et le devoir de protéger. Si la suppression du qualificatif signifie qu'aucun dommage, quel qu'il soit, ne doit être toléré, les États risquent tout simplement de se retrouver dans l'impossibilité même d'utiliser les eaux souterraines.

25. Abordant ensuite des points plus spécifiques, Mme Xue fait observer que, premièrement, la notion de droits souverains sur les ressources naturelles, évoquée au paragraphe 19 du troisième rapport du Rapporteur spécial, constitue un élément très important qui devrait être dûment reflété dans le futur instrument. Cependant, la question n'est pas de savoir si ces droits souverains doivent être absolus ou non, limités ou non. Le plus important est que l'aquifère ou le système d'aquifères étant transfrontière il relève de plusieurs juridictions nationales et que, par conséquent, les États doivent respecter leurs droits souverains mutuels et ont l'obligation de coopérer. Pour des juristes internationaux, cela va de soi et cette précision peut sembler superflue. Cependant, du point de vue des États, c'est de là qu'il faut partir pour élaborer les principes juridiques qui guideront leurs activités affectant les ressources situées sur leur territoire.

26. Deuxièmement, il n'est peut-être pas souhaitable de distinguer entre aquifère alimenté et aquifère non alimenté car, selon l'explication que le Rapporteur spécial fournit au paragraphe 22 de son troisième rapport, « dans la plupart des cas, la quantité d'eau contemporaine réalimentant l'aquifère ne constitue qu'une fraction des eaux que celui-ci contient, qui sont là depuis des centaines ou des milliers d'années ». En d'autres termes, il ne faut pas accorder trop d'importance à cette réalimentation lorsqu'on examine la question de la durabilité des ressources.

27. Troisièmement, la question de l'indemnisation mentionnée dans le projet d'article 7 est importante, mais le libellé actuel risque de poser problème. L'absence d'accord sur les activités entre les États concernés ne signifie pas nécessairement qu'ils ne peuvent pas s'entendre sur la réparation des dommages. De plus, les règles relatives à la responsabilité (*liability*) internationale peuvent également s'appliquer. Il serait donc préférable d'employer des termes plus généraux au paragraphe 3 de l'article 7.

28. Enfin, s'agissant de la forme du projet, Mme Xue approuve la proposition tendant à constituer un groupe de travail qui serait chargé de réexaminer la question à la lumière des recherches en cours et des observations faites par les États. Bien entendu, la Commission ne sera peut-être pas encore en mesure de se prononcer à ce sujet, mais en tout état de cause il serait prématuré de renvoyer le projet d'articles au Comité de rédaction.

29. M. BROWNLIE dit que le principe général énoncé dans l'affaire du *Détroit de Corfou* était tout à fait clair: il s'agissait de déterminer si l'État qui exerçait la souveraineté territoriale savait ou aurait dû savoir qu'un État voisin risquait de subir un dommage. Cette notion est tout à fait applicable aux conflits relatifs à l'environnement. Lorsque l'État exerçant la souveraineté territoriale permet que des effluents chimiques, voire des déchets nucléaires, passent dans ses eaux souterraines, y compris de manière accidentelle, on doit considérer qu'il y a eu dommage, même si l'aquifère est simplement l'élément qui a transporté les substances polluantes jusqu'à l'État voisin.

30. M. MANSFIELD dit que tous les membres sont conscients que le Rapporteur spécial a consacré à son troisième rapport un temps et une énergie considérables, même s'il a bénéficié de l'assistance d'experts de l'UNESCO et du Groupe d'étude du Ministère des affaires étrangères du Japon. Il a eu raison de consulter, entre autres, des hydrogéologues afin de s'assurer que la Commission dispose des données scientifiques les plus récentes et que les normes juridiques qu'elle élaborera aient une utilité concrète pour les spécialistes. Il a également bien fait de formuler des propositions sur un éventail de questions assez complet.

31. M. Mansfield a jugé particulièrement intéressant d'apprendre à quel point les aquifères souterrains diffèrent des eaux de surface, non seulement par leur comportement, mais aussi par leur vulnérabilité face à la pollution et leur capacité de réagir aux mesures de nettoyage. Ces différences peuvent également porter sur l'importance

[1] Pour les débats de la CDI sur ces questions, voir, entre autres, *Annuaire… 1987*, vol. I, 2001e à 2011e séances, *passim*, *Annuaire… 1988*, vol. I, 2045e à 2064e séances, *passim*, *Annuaire… 1990*, 2183e séance, par. 6 et suiv., 2185e et 2186e séances, *passim*, et *Annuaire… 1992*, 2272e séance, par. 4 et suiv.

qu'ils revêtent pour l'avenir de l'humanité alors que l'eau douce est de plus en plus rare. À ce propos, il aurait pu être tout à fait valable de traiter des eaux souterraines dans le cadre d'un protocole à une convention sur l'utilisation des voies d'eau internationales au début des années 70, lorsque la Commission a entamé ses travaux sur ce qui devait devenir la Convention de 1997[2]. Cependant, pour ceux qui ont eu la chance d'assister aux séances d'information animées par des experts techniques à la demande du Rapporteur spécial, il est difficile de voir comment on pourrait considérer cette démarche comme appropriée à présent. Pour les autres, il serait probablement utile de fournir davantage d'informations sur les raisons qui ont motivé certains choix et formulations et notamment d'expliquer, comme d'autres membres l'ont déjà suggéré, pourquoi certains passages sont rédigés différemment des passages correspondants dans la Convention de 1997.

32. M. Mansfield appuie pleinement la décision du Rapporteur spécial de présenter à la Commission un ensemble complet de textes sous la forme d'un projet d'articles, sans préjudice de la forme finale que prendront les travaux. Certains membres se sont demandé si tout cela n'allait pas trop vite et s'il n'était pas préférable de se concentrer sur l'élaboration de principes généraux avant d'aborder des questions telles que la protection et la gestion. M. Mansfield est quant à lui tout disposé à consacrer le temps et l'énergie nécessaires pour préserver la qualité des travaux de la Commission et il est convaincu que, de l'extérieur, celle-ci risque moins d'être perçue comme brûlant les étapes que d'aller trop lentement. En effet, selon le scénario le plus optimiste, qui suppose de terminer la première lecture l'année suivante, les travaux ne seront pas achevés avant le milieu du prochain quinquennat. Fait plus important encore, ces travaux ne pourront aboutir que si la Commission réussit à capter l'intérêt des gouvernements et à susciter leurs réactions. Le tourbillon dans lequel sont pris la plupart des services juridiques rattachés aux ministères des affaires étrangères fait que l'on accordera davantage d'attention aux questions en jeu si elles sont présentées dans un cadre suffisamment étoffé, susceptible d'être rapidement mené à terme, plutôt que d'une manière isolée, sans trop de précisions quant à la forme finale ou au calendrier des travaux. Le projet d'articles relativement complet que propose le Rapporteur spécial offre aux gouvernements une base de discussion solide et sérieuse, ce qui ne peut que faciliter son propre travail et celui de la Commission. À cet égard, M. Mansfield n'a pas de difficulté majeure à accepter la recommandation du Rapporteur spécial tendant à différer la décision concernant la forme finale des travaux. Certes, cela aura une incidence sur la rédaction du texte, mais il reste à savoir dans quelle mesure; et il vaudrait mieux confier cette question à un groupe de travail dont M. Mansfield appuie la création.

33. S'agissant du champ d'application du futur instrument, M. Mansfield est heureux que sa suggestion tendant à restructurer l'article premier ait reçu un écho favorable. Il approuve toutefois l'idée de viser plus clairement certaines activités d'États tiers qui se déroulent en dehors des territoires où sont situés les aquifères mais qui peuvent avoir un impact sur ceux-ci.

34. Les définitions figurant à l'article 2 sont acceptables, mais il faudra peut-être les affiner plus tard, en particulier celles des aquifères alimentés et non alimentés, qui sont véritablement utiles pour les raisons fournies dans le rapport.

35. L'article 3 sur les arrangements bilatéraux et régionaux doit être examiné plus en détail. Il est vrai qu'on ne peut, dans un texte de portée générale, être trop précis quant à la manière dont les aquifères ou les systèmes aquifères devraient être gérés. Cependant, si les principes généraux sont formulés de manière adéquate, on voit mal comment on pourrait s'en écarter aux niveaux bilatéral et régional sans raison valable.

36. S'agissant de la relation avec d'autres instruments, la remarque de M. Gaja concernant le paragraphe 1 de l'article 4 doit être prise en compte. M. Mansfield approuve la distinction établie à l'article 5 entre les aquifères alimentés et les aquifères non alimentés; l'alinéa *b* du paragraphe 2 de cet article est une tentative utile pour expliquer la notion d'utilisation raisonnable dans le contexte d'un aquifère non alimenté. Il note également avec plaisir qu'au paragraphe 2 de l'article 7 le Rapporteur spécial a conservé l'expression « qui ont ou peuvent avoir un impact sur ». Quant au paragraphe 3 du même article, bien qu'il soit conscient de la vulnérabilité des aquifères face à la pollution, il n'est pas certain que l'inclusion de l'adjectif « significatif » fasse une grande différence, mais peut-être qu'un groupe de travail serait mieux à même d'en décider. Enfin, à son avis, l'inclusion d'un article traitant spécifiquement de la surveillance est importante et les dispositions relatives à la protection, à la préservation et à la gestion détermineront la valeur qui sera accordée au futur instrument.

37. M. MATHESON, faisant référence à la deuxième partie du projet d'articles, fait observer qu'à son sens il conviendrait de garder le seuil du « dommage significatif », adopté après mûre réflexion dans la Convention de 1997. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, cette expression est souple et tient compte de la vulnérabilité des aquifères face à la pollution. Pour les mêmes raisons, et par souci de cohérence, il faudrait dire à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 5 que les États de l'aquifère s'abstiennent de porter atteinte « de manière significative » à l'utilisation ou aux fonctions de l'aquifère. Notant que, selon l'article 7, les États d'un aquifère doivent prendre « toutes les mesures appropriées » pour ne pas causer de dommage significatif aux autres États de l'aquifère, ce qui leur laisse le choix des mesures opportunes à prendre dans un cas donné pour éviter ou atténuer un dommage, M. Matheson suggère d'employer les mêmes termes à l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 5. Autrement dit, il faudrait demander aux États de prendre toutes les mesures appropriées pour éviter de porter atteinte de manière significative à l'utilisation et aux fonctions de l'aquifère. Il serait également utile d'expliquer dans le commentaire ce que recouvre dans la pratique l'expression « porter atteinte ». Il a été fait observer par ailleurs que l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 5 n'exigeait pas suffisamment des États qu'ils tiennent compte du caractère durable de l'aquifère. Là encore, le Rapporteur spécial a expliqué qu'une règle stricte d'utilisation durable ne pouvait être appliquée compte tenu de la capacité

[2] Voir *Annuaire… 1974*, vol. II (1re partie), document A/9610/Rev.1, p. 311 à 316, et ibid., vol. II (2e partie), documents A/5409 et A/CN.4/274, p. 37 à 291.

limitée de réalimentation de la plupart des aquifères car elle reviendrait à empêcher les États concernés d'utiliser les ressources en eau de l'aquifère. Il serait souhaitable en effet de laisser aux États le soin de trouver eux-mêmes un juste équilibre entre l'objectif de préserver la pérennité de l'aquifère et la nécessité d'en utiliser les ressources pour les besoins de leur population.

38. L'article 6 est très utile en ce qu'il énumère les facteurs à prendre en considération pour l'utilisation raisonnable et équitable d'un aquifère. Un facteur supplémentaire à apprécier est la mesure dans laquelle un État a investi dans le développement et la protection de l'aquifère. Or, il ne ressort pas clairement de l'alinéa *f* que ce facteur soit pris en compte. Il conviendrait donc de le préciser, soit dans l'article même, soit dans le commentaire.

39. Concernant la question de l'indemnisation évoquée à l'article 7, M. Matheson est d'avis qu'il convient de la traiter dans un autre contexte. La Commission a déjà vu que la responsabilité d'un dommage transfrontière était une question complexe, qui ne peut être réduite à la simple énonciation d'une obligation. Les principes relatifs à ce type de responsabilité qu'elle a adoptés l'année précédente en première lecture[3] s'appliqueraient à tout dommage causé à l'État d'un aquifère; il serait utile de le mentionner dans le commentaire. Pour l'heure, il serait sage de ne pas aborder la question de l'indemnisation de manière plus précise ou plus compliquée que ne l'a fait le Rapporteur spécial.

40. M. Sreenivasa RAO estime qu'il est essentiel, dans le cas des projets d'articles 5 et 7, de laisser aux États suffisamment de liberté pour agir en fonction de leurs circonstances particulières. Cependant, le mécanisme que la Commission est en train d'élaborer doit également s'adapter aux caractéristiques particulières des ressources elles-mêmes. Deux facteurs sont à prendre en considération: les besoins des États, qui varient d'un pays à l'autre, et les besoins des ressources elles-mêmes, qui varient également. Il s'agit là de facteurs qui ne peuvent être objectivement évalués pour définir l'utilisation équitable et l'utilisation raisonnable. La distinction entre les deux utilisations est importante: l'une vise à protéger les intérêts de l'État, et l'autre les intérêts, en quelque sorte, de la ressource elle-même. M. Sreenivasa Rao convient que les articles, tels qu'ils sont formulés, n'offrent pas d'orientation immédiate aux États, mais il estime que les précisions éventuelles devraient figurer dans le commentaire et non dans le libellé même de l'article, lequel devrait rester tel quel. Cette démarche n'est d'ailleurs pas nouvelle, puisque c'est celle qui a été suivie pour la responsabilité internationale. Elle permet d'intégrer les préoccupations des membres de la Commission sans modifier le texte.

41. Concernant le rythme des travaux, il est probable que les principes définis pour la Convention de 1997 auraient pu être appliqués *mutatis mutandis* aux eaux souterraines. Mais quand bien même la Commission parviendrait aux mêmes conclusions qu'à l'époque, le temps qu'elle a consacré entre-temps à approfondir la question, notamment en consultant des experts, est incontestablement utile.

42. S'agissant de la notion de dommage, il convient de garder à l'esprit que toute interaction humaine entraîne toujours un dommage. Ainsi, l'utilisation d'un aquifère par un État entraînera nécessairement une moindre utilisation par un autre État. C'est pourquoi le critère du caractère raisonnable est fondamental; mais il peut être exprimé en termes généraux. En revanche, une évaluation du dommage permet d'introduire la notion de prévention. C'est là un aspect qui mérite d'être développé dans le champ d'application des projets d'articles 5 et 7.

43. Le projet d'article 7 évoque la doctrine classique du dommage causé après utilisation. Mais puisque la prévention a été abordée dans le cadre de la responsabilité (*liability*), il conviendrait d'intégrer un ensemble de principes relatifs à la prévention. Les États doivent prendre toutes les précautions requises avant d'utiliser une ressource donnée. C'est ce que prévoit l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 5, aux termes duquel ils doivent s'abstenir de « porter atteinte » à l'aquifère; « porter atteinte » ne signifie pas causer un dommage au sens de l'article 7, mais l'on pourrait considérer qu'une atteinte peut entraîner un dommage et que les États doivent donc empêcher toute atteinte par des mesures de prévention. Si, malgré la prévention, malgré une utilisation raisonnable, un dommage survient, alors la question de l'indemnisation doit être abordée, conformément au principe énoncé au projet d'article 7. La question de l'indemnisation a évolué depuis la Convention de 1997. Si on l'aborde sous un angle plus vaste, en intégrant la notion de prévention, on peut concevoir un ensemble d'articles différents, qui traiteraient du dommage causé malgré la prévention, malgré le caractère raisonnable de l'utilisation. Il serait utile que le groupe de travail se penche sur cet aspect de la question.

44. En résumé, M. Sreenivasa Rao estime que le projet d'articles doit garantir une utilisation raisonnable, équitable et durable des ressources, qui tienne compte non seulement des besoins des générations futures mais aussi de ceux des générations actuelles, car chacun sait que l'on ne peut faire pour les autres ce que l'on n'est pas capable de faire d'abord pour soi.

45. M. CHEE note qu'à l'article XVI des Règles d'Helsinki sur l'utilisation des eaux des fleuves internationaux relatif à l'obligation d'éviter les dommages transfrontières[4], revu en 2004 par l'Association de droit international lors de sa soixante et onzième Conférence tenue à Berlin[5], il est question de « dommage significatif », ce qui semble indiquer que cette expression est appropriée. Par ailleurs, il aimerait avoir des précisions sur ce qu'est un aquifère alimenté.

46. M. YAMADA (Rapporteur spécial) explique que les lacunes de son rapport s'expliquent par le fait qu'il s'agit d'un projet préliminaire qui doit être enrichi par les commentaires de la Commission.

[3] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. VII, sect. C.2, par. 175.

[4] Association de droit international, *Report of the Fifty-Second Conference (Helsinki 1966*), Londres, 1967, p. 478 à 533, en particulier p. 508 et 509. Une traduction de l'essentiel du texte des Règles d'Helsinki est reproduite dans *Annuaire… 1974*, vol. II (2e partie), par. 405, p. 396 à 398.

[5] Association de droit international, *Report of the Seventy-First Conference (Berlin 2004)*, Londres 2004, p. 335 à 412.

47. En réponse à M. Chee, il indique qu'il présentera au cours d'une réunion informelle prévue l'après-midi un film très instructif sur le système d'aquifère guarani, qui est un aquifère alimenté.

48. Il rappelle par ailleurs qu'il avait demandé aux membres de la Commission de se concentrer sur le fond du projet d'articles, plutôt que sur la forme, sans toutefois exclure un débat sur ce point. Certaines délégations à la Sixième Commission avaient recommandé des lignes directrices, mais nombre d'États préfèrent un document juridique contraignant (A/CN.4/549, par. 73 et 74). Le cas échéant, la présentation sous forme de convention pourra aisément être adaptée en lignes directrices. Le fond et la forme étant d'ailleurs liés, le Rapporteur spécial espère que le groupe de travail examinera cette question.

49. Le Rapporteur spécial est conscient d'aller trop vite au goût de certains. Il pense cependant que les États attendent de la Commission qu'elle termine assez rapidement ses travaux sur les eaux souterraines transfrontières. En outre, il a le sentiment que la Commission joue un rôle moins important depuis une quinzaine d'années et qu'il est donc essentiel de répondre aux attentes des États. D'ailleurs, comme l'a souligné M. Mansfield, même en envisageant une première lecture en 2006, il faudra compter encore de nombreuses années de travaux.

Organisation des travaux de la session *(suite*[*]*)*

[Point 1 de l'ordre du jour]

50. Le PRÉSIDENT rappelle que la Société européenne de droit international a proposé de tenir une réunion conjointe avec la Commission sur le sujet de la responsabilité des organisations internationales. Le Bureau examinera cette proposition à sa prochaine réunion.

La séance est levée à 12 h 55.

[*] Reprise des débats de la 2832e séance.

2834e SÉANCE

Vendredi 6 mai 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Ressources naturelles partagées (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. B, A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1, A/CN.4/555 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à poursuivre l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial sur les ressources naturelles partagées (A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1).

2. M. FOMBA dit que l'eau est une ressource stratégique vitale pour la survie et le développement de l'humanité, et que c'est donc à juste titre que l'Assemblée générale et la CDI s'en préoccupent. Si la question des eaux de surface a été réglée avec l'adoption en 1997 de la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, il reste encore à codifier, ou plutôt à développer progressivement, le droit international en ce qui concerne les eaux souterraines, qu'elles soient ou non reliées à des eaux de surface; il s'agit là d'une tâche qui n'est pas facilitée par l'absence de pratique des États et d'instruments internationaux en la matière. Des questions fondamentales continuent donc de se poser en ce qui concerne la façon d'aborder le sujet, le type de texte juridique qu'il convient de proposer aux États, le contenu de ce texte, la manière d'en assurer la cohérence globale avec la Convention de 1997 et de garantir son utilité et son application pratique et efficace.

3. Le Rapporteur spécial a fort bien fait de prendre l'avis des experts et, en particulier, de présenter à la Commission, dans la deuxième partie de son rapport, des références à la pratique des États et aux instruments internationaux, même si ceux-ci sont plutôt rares. En ce qui concerne les arrangements régionaux, il serait intéressant de savoir s'il existe des aquifères ou des systèmes aquifères transfrontières en Afrique de l'Ouest et, dans l'affirmative, s'il y a des projets ou programmes de coopération en vue de leur gestion. M. Fomba ne manquera pas de transmettre au Rapporteur spécial toute information utile qu'il pourrait obtenir de différentes autorités ou organisations nationales ou régionales dans la région.

4. Tout en se félicitant de la portée d'ensemble du projet d'articles figurant dans le rapport, M. Fomba fait observer que le Rapporteur spécial, animé par un souci de concision, n'a pas fourni suffisamment d'explications détaillées sur certains points. S'agissant de la forme définitive du projet d'articles, il partage l'avis des membres qui ont critiqué la décision du Rapporteur spécial de présenter ses propositions sous forme de projet d'articles de convention, tout en indiquant qu'il ne souhaitait pas préjuger de la décision finale. Toutefois, il est moins préoccupé que certains membres de la Commission par le fait d'inclure ou non, dans le préambule ou le dispositif du projet, la référence à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles; l'omission pure et simple de cette référence ne risque pas, selon lui, de remettre en cause ce principe.

5. Examinant à présent certains articles en particulier, M. Fomba dit qu'il accepte dans l'ensemble le libellé du projet d'article premier, à condition toutefois de clarifier

davantage les rapports entre, d'une part, les aquifères et systèmes aquifères transfrontières et les aquifères et systèmes aquifères nationaux et, d'autre part, entre les États de l'aquifère et les États tiers. Par ailleurs, il faut préciser davantage la portée technique des termes employés à l'article 2, car cela permettra aux membres de la Commission de mieux comprendre les conséquences juridiques des termes utilisés, et donc le contenu du régime juridique à proposer. Le projet d'article 3 doit figurer en bonne place dans l'architecture du projet, dès lors qu'il confirme la légitimité, la légalité et la primauté des arrangements bilatéraux et régionaux. Le projet d'article 4 va dans la bonne direction dans la mesure où il consacre la primauté automatique du projet de convention sur la Convention de 1997 en cas de conflit entre les deux et, dans certaines circonstances, il consacre la primauté du projet sur d'autres accords internationaux en cas de différend relatif aux eaux souterraines. Le principe de l'utilisation équitable et raisonnable, qui est le sujet du projet d'article 5, est déjà consacré par la Convention de 1997 ainsi que par d'autres instruments internationaux, et son application est encore plus importante en ce qui concerne les eaux souterraines compte tenu de leur nature technique spécifique. Toutefois, M. Fomba se demande s'il convient d'avoir une conception absolue ou relative en la matière, s'il faut y voir une obligation de résultats ou de moyens, et comment il faut interpréter l'expression « s'abstenir de porter atteinte à son utilisation et à ses fonctions » utilisée à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 5, dans la mesure où il n'est pas clair si c'est le risque zéro qui est visé ou bien un risque gradué.

6. S'agissant du projet d'article 6, M. Fomba se demande s'il y a une différence entre l'expression « état naturel de l'aquifère », mentionnée à l'alinéa *a* du paragraphe 1, et les termes « facteurs naturels » employés au paragraphe 24 du rapport. Pour ce qui est du projet d'article 7, la réponse à la question de savoir s'il faut fixer un seuil pour le dommage en ce qui concerne les eaux souterraines doit dépendre du point de savoir si et dans quelle mesure les problèmes liés au dommage se posent dans des termes identiques par rapport aux eaux de surface. Plus fondamentalement, il apparaît que le principe de précaution, selon lequel l'absence de certitude scientifique ne doit ni faire obstacle à l'adoption de mesures préventives ni les retarder, revêt une importance particulière pour les eaux souterraines. M. Fomba observe que le Rapporteur spécial, tout en admettant que les scientifiques avaient de bonnes raisons de favoriser l'application du principe de précaution, considère que ce principe n'est pas encore devenu une règle de droit international général (par. 33). En ce qui concerne la question de l'indemnisation posée au paragraphe 3 du projet d'article 7, M. Fomba partage le point de vue exprimé par le Rapporteur spécial au paragraphe 26 du rapport.

7. Sur le projet d'article 13, relatif à la protection des zones de réalimentation et de déversement, l'idéal serait de tenter de clarifier les droits et les obligations des États autres que les États de l'aquifère et de préciser les liens de nature juridique et pratique entre ceux-ci et les États de l'aquifère. Le projet d'article 18, concernant l'assistance scientifique et technique aux États en développement, constitue, du moins en théorie, une disposition très importante, d'autant plus qu'elle consacre une véritable obligation juridique d'assistance; toutefois, le problème réside dans l'application concrète d'une telle disposition.

8. En conclusion, M. Fomba est d'accord pour envoyer le projet d'articles au Comité de rédaction, mais uniquement après l'avoir soumis à un groupe de travail chargé de déterminer s'il doit prendre la forme d'une convention, d'un protocole à la Convention de 1997 ou de directives.

9. M. NIEHAUS partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel une référence à la question délicate de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles devrait figurer dans le préambule du projet d'articles, que cette référence figure ou non ailleurs dans le projet, afin de souligner l'importance de la question. Il ne partage pas l'avis des membres de la Commission qui considèrent que le projet n'est pas assez énergique. Le Rapporteur spécial a traité une question nouvelle et difficile avec talent et prudence, dans un langage adapté à une convention-cadre. M. Niehaus convient avec le Rapporteur spécial qu'une décision sur la forme définitive du texte ne devrait être prise qu'après qu'un accord aura été obtenu sur le fond du texte. Il partage également l'avis de M. Brownlie, selon lequel le texte devrait être davantage relié aux principes du droit international général, puisqu'il est essentiel que ceux-ci s'appliquent au régime juridique des aquifères et systèmes aquifères transfrontières.

10. S'agissant du champ d'application du projet de convention, M. Niehaus se demande s'il n'y a pas des cas dans lesquels la distinction entre aquifères ou systèmes aquifères nationaux et aquifères ou systèmes aquifères transfrontières n'est pas parfaitement claire comme, par exemple, lorsqu'un aquifère est partiellement situé sur une frontière. Le projet de convention pourrait peut-être comporter des dispositions pour traiter les différends éventuels quant à la nature des ressources en eau qu'il s'agit de réglementer. M. Niehaus se demande en outre si l'accord dont il est question au paragraphe 6 du rapport, aux termes duquel des États autres que les États de l'aquifère seraient autorisés à utiliser des aquifères et des systèmes aquifères transfrontières, doit être unanime. Cette question, qui serait sans doute mieux traitée dans le cadre d'un accord bilatéral ou régional que dans une convention-cadre, illustre bien le caractère complexe et hautement technique du sujet.

11. Le projet d'article 2, relatif à l'emploi des termes, ne semble malheureusement pas refléter cette complexité. Dans un souci de clarté, la liste des définitions devrait être élargie afin de comprendre plus de termes que les six qui y figurent. M. Niehaus fait également observer qu'il convient de modifier le membre de phrase « une série de plus de deux aquifères », à la troisième phrase du paragraphe 9 du rapport, afin de le mettre en conformité avec la version corrigée de l'alinéa *b*, à savoir « une série de deux aquifères ou plus ». Il faut renforcer le libellé du paragraphe 1 du projet d'article 3, concernant le droit qu'a tout État sur le territoire duquel se trouve un aquifère ou un système aquifère de participer à la négociation en vue d'un arrangement bilatéral ou régional, afin de permettre à chaque État concerné de participer sur un pied d'égalité à cette négociation. En revanche, le projet d'article 5, relatif au principe d'utilisation équitable et raisonnable, est parfaitement clair. M. Niehaus partage l'avis du Rapporteur

spécial, pour lequel la question de la responsabilité (*liability*) devrait être abordée dans une autre instance. Enfin, il approuve la suggestion tendant à constituer un groupe de travail chargé d'examiner des propositions d'amélioration du projet d'article avant qu'il ne revienne à la Commission pour examen.

12. M. GALICKI dit que, grâce au Rapporteur spécial, les membres de la Commission ont acquis de solides connaissances en géologie et en hydrologie ainsi que dans d'autres domaines des sciences naturelles, connaissances qui leur sont nécessaires pour trouver des solutions appropriées aux problèmes juridiques que posent les aquifères et systèmes aquifères transfrontières. Il partage pleinement l'avis du Rapporteur spécial selon lequel la forme définitive du projet d'articles ne devra être arrêtée qu'après qu'un accord aura été trouvé sur sa substance. Pour le moment, il peut être utile de comparer un projet ayant la forme d'une convention avec des règles en vigueur applicables aux aquifères transfrontières, telles que la Convention de 1997.

13. Une référence à la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale semble un bon moyen de satisfaire les États qui tiennent manifestement à ce que le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles soit mentionné, sans toutefois qu'il figure effectivement dans le dispositif du texte. Une décision sur le libellé définitif du préambule devrait cependant être reportée à un stade ultérieur. Le champ d'application du projet de convention, tel qu'il est formulé dans le projet d'article premier, reflète la structure et le contenu généraux du projet dans son ensemble, mais l'alinéa *b* de cet article est relativement vague; l'expression « autres activités » n'est pas suffisamment précise, et cette imprécision est accentuée par l'emploi du terme « impact » au lieu de « dommage » utilisé dans le projet d'article 7. Bien que le Rapporteur spécial ait précisé, au paragraphe 6 de son rapport, que le terme « impact » doit être interprété comme recouvrant une notion plus large que celle de « dommage », on ne voit pas très bien dans quelle mesure l'impact d'« autres activités » devrait être couvert par le projet de convention, en particulier dans les cas où ces activités sont exécutées par des États non aquifères en dehors des territoires des États aquifères. La liste des termes définis à l'article 2 devrait sans doute être étendue de manière à inclure des termes tels que « dommage », « dommage significatif » et « impact ».

14. L'article 3 du projet, intitulé « Arrangements bilatéraux et régionaux », ne correspond pas à la terminologie de la Convention de 1997, qui fait état d'« accords ». Cette différence ne semble pas justifiée si les « arrangements » dont il s'agit correspondent à des instruments juridiques internationaux. La justification donnée par le Rapporteur spécial au paragraphe 12 de son rapport n'est pas pleinement convaincante, compte tenu en particulier de ce qu'il déclare au paragraphe 14, à savoir que « les arrangements bilatéraux et régionaux l'emportent en tant que *lex specialis* sur le projet de convention ».

15. Le projet d'article 4, concernant la relation du projet de convention avec d'autres conventions et accords internationaux, semble à première vue se rapporter à une question purement formelle, mais en réalité il n'en est rien. Au paragraphe 16 du troisième rapport, le Rapporteur spécial admet la possibilité d'une double applicabilité du projet de convention et de la Convention de 1997. Cet état de choses paraît inévitable, dans la mesure où l'expression « cours d'eau » est définie à l'alinéa *a* de l'article 2 de la Convention de 1997 comme un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines « constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire ». L'existence de deux systèmes juridiques parallèles, l'un régissant les aquifères et les systèmes aquifères transfrontières, l'autre les cours d'eau, entendus comme un système d'eaux souterraines relié à des eaux de surface conduira nécessairement tôt ou tard à des situations de conflit. On peut s'interroger sur le point de savoir quel instrument juridique prévaudra, puisque la Convention de 1997 constitue un instrument plus général, couvrant à la fois les systèmes d'eaux de surface et d'eaux souterraines, tandis que le projet de convention ne concerne que les eaux souterraines situées dans des aquifères.

16. En théorie, il peut exister des situations dans lesquelles les caractéristiques physiques des eaux régies par les deux conventions changent: à la saison sèche, certaines rivières disparaissent parfois temporairement. Si elles sont reliées à des aquifères souterrains, ceux-ci pourraient être régis par le projet de convention pendant la moitié de l'année correspondant à la saison sèche et par la Convention de 1997 pendant l'autre moitié de l'année. Pour éviter de tels paradoxes, la relation entre les deux conventions telle qu'elle est proposée au paragraphe 1 de l'article 4 du projet devrait être complètement révisée. Il conviendrait de tenir compte à cet égard des propositions visant, notamment, à transformer l'instrument en projet de protocole à la Convention de 1997. Cette démarche ne tend pas à diminuer l'importance du nouvel instrument, et elle pourrait contribuer à créer un système juridique global, unifié, régissant à la fois les eaux de surface et les eaux souterraines, quelles que soient leurs caractéristiques.

17. Dans cette optique, le projet d'articles pourrait traiter de problèmes spécifiques concernant les aquifères transfrontières, tout en tenant compte également des principes généraux et des dispositions applicables de la Convention de 1997. Toutefois, si la Commission décide d'adopter une convention distincte sur le droit des aquifères transfrontières, certaines dispositions pourraient être améliorées, par rapport à la Convention de 1997. Par exemple, au paragraphe 3 de l'article 7, le membre de phrase « discuter de la question de l'indemnisation », qui est repris du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de 1997, pourrait être réexaminé compte tenu du fait que le projet de convention ne traite pas, en principe, de questions de responsabilité (*liability*). De nombreuses dispositions pourraient être rédigées de façon plus énergique et plus formelle. Ainsi, l'expression « les États sont encouragés », au paragraphe 2 du projet d'article 8, est faible, et au paragraphe 2 du projet d'article 9 on peut lire: « les États […] s'emploient au mieux de leurs moyens ».

18. Quoi qu'il en soit, il semble préférable de ne pas renvoyer de projets d'articles au Comité de rédaction pour le moment, mais plutôt de créer un groupe de travail, placé sous la présidence du Rapporteur spécial, qui aura pour tâche d'examiner en détail le champ d'application,

le fond et la forme du futur instrument sur les aquifères transfrontières. M. Niehaus se dit prêt à participer à ce groupe.

19. M. BAENA SOARES reconnaît qu'il est difficile d'innover sur un sujet techniquement complexe et encore mal défini. Comme le Rapporteur spécial l'a indiqué, le fait de présenter le projet d'articles comme faisant partie d'une convention ne préjuge pas sa forme définitive. M. Baena Soares est d'avis de laisser les États libres de déterminer la forme du texte qui sera finalement adopté.

20. Il est essentiel que le principe de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, consacré par la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, figure dans le projet. Selon M. Baena Soares, il ne s'agit pas là d'une question sensible, mais il ne faut pas se contenter de la mentionner dans le préambule. Comme d'autres membres de la Commission, il considère que le principe devrait former un article distinct du dispositif, afin de lui accorder l'importance voulue.

21. Le Rapporteur spécial a raison de souligner l'importance des accords bilatéraux régionaux. Des accords négociés de bonne foi constituent le mode de coopération le plus efficace entre les États de l'aquifère qui, après tout, ont accès aux informations les plus fiables concernant la situation particulière d'un aquifère.

22. M. Opertti Badan a fait allusion à plusieurs reprises à l'aquifère guarani. Le Rapporteur spécial a communiqué à la Commission des informations générales sur un projet d'une durée de quatre ans, exécuté avec l'appui de la Banque mondiale et de l'Organisation des États américains, et qui est destiné à mieux comprendre les caractéristiques physiques et techniques de cet aquifère. Le Conseil du Marché commun du Sud (MERCOSUR) a invité un groupe de travail spécial de haut niveau à élaborer un projet d'accord entre les États membres définissant les principes et critères applicables à l'utilisation de l'aquifère guarani. M. Baena Soares a eu l'honneur de participer aux travaux du groupe, dont les conclusions sont actuellement examinées par les Ministères des affaires étrangères de l'Argentine, du Brésil, du Paraguay et de l'Uruguay. Trois principes ont guidé les travaux du groupe: la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, l'obligation de ne pas causer de dommages significatifs, et la préservation de l'aquifère aux fins de son utilisation raisonnable et durable (A/CN.4/549, par. 46 et 47). Ce qui ressort avant tout de cette expérience est l'esprit de coopération, lequel ne manquerait pas de caractériser également d'autres arrangements ou accords régionaux. Cet exemple de coopération concernant l'utilisation de l'aquifère guarani s'inscrit dans un ensemble d'initiatives des quatre pays du MERCOSUR en vue d'établir l'intégration économique.

23. La Convention de 1997 a ses propres objectifs et dispositions spécifiques. S'il est parfaitement compréhensible qu'elle ait initialement guidé ceux qui s'aventuraient en terre inconnue, il n'en demeure pas moins que le projet à l'examen répond à une situation et à des circonstances différentes. Il a en effet sa propre autonomie, et la Convention de 1997 n'est pas vraiment pertinente pour ce qui est des eaux souterraines. M. Baena Soares considère qu'il est inutile de continuer à envisager l'hypothèse de la double applicabilité, à moins que des informations plus techniques ne soient fournies. Il espère également que le projet bénéficiera d'un appui beaucoup plus large que celui recueilli par la Convention de 1997, qui n'a été ratifiée que par une vingtaine d'États.

24. Les propositions du Rapporteur spécial figurant dans le projet d'article 6, relatif aux facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable des systèmes aquifères, sont heureuses. M. Baena Soares pense notamment aux allusions aux besoins économiques et sociaux des États de l'aquifère (al. *b*), et à la population tributaire de l'aquifère ou système aquifère (al. *c*). S'agissant de l'utilisation, il rappelle l'obligation de préserver les ressources aquifères non seulement pour les générations futures, mais aussi pour les générations présentes.

25. Deux articles (art. 8 et 9) sont consacrés aux modalités de coopération. Les États de l'aquifère sont libres de déterminer les modalités de leur coopération et sont encouragés à échanger des informations. Il importe de souligner qu'il est nécessaire de fournir des données précises qui permettent de se faire une meilleure idée du système aquifère. Sans ces informations, il est extrêmement difficile de définir des plans et des normes d'utilisation.

26. L'inclusion d'un article sur l'obligation de ne pas causer de dommage (art. 7) entre les articles consacrés à l'utilisation équitable et raisonnable et à l'obligation de coopérer est logique. M. Baena Soares partage l'avis du Rapporteur spécial, selon lequel le seuil du « dommage significatif » est approprié et devrait être retenu; il s'agit là d'une obligation centrale en matière de coopération.

27. La phrase au début du paragraphe 33 indiquant que l'objectif du projet d'articles « n'est pas de protéger et de préserver les aquifères en tant que tels, mais de les protéger et de les préserver de telle manière que l'humanité puisse utiliser les précieuses ressources en eau qu'ils contiennent » devrait être reformulée. En effet, elle peut être mal interprétée, en raison en particulier de l'emploi du terme « humanité », qui pourrait être compris comme impliquant que les systèmes aquifères font partie du patrimoine commun de l'humanité. Si la notion de patrimoine commun de l'humanité n'est pas appliquée à d'autres ressources naturelles, telles que le pétrole ou le gaz, il n'y a pas de raison qu'elle le soit à l'eau.

28. Enfin, M. Baena Soares félicite le Rapporteur spécial pour la prudence dont il a fait preuve. Celui-ci a en effet prévu une période appropriée pour que le projet mûrisse, qui ne précipite ni ne freine le processus. M. Baena Soares n'a aucune objection à la création d'un groupe de travail, et si un tel groupe est constitué, il sera heureux d'y participer.

29. M. KOLODKIN félicite le Rapporteur spécial pour son rapport novateur, qui s'inspire d'une large gamme de documents. En raison, sans doute, de son manque de familiarité avec la question des eaux souterraines transfrontières, il a toujours eu quelque difficulté à distinguer cette question de celle des cours d'eau internationaux. Même après avoir lu le troisième rapport, il continue de considérer le sujet comme un sous-thème ou une

extension de celui des cours d'eau internationaux. La pratique des États offre quelques rares exemples, précieux, de réglementation indépendante des aquifères, et les instruments juridiques internationaux qui traitent des cours d'eau transfrontières s'appliquent aussi fréquemment aux aquifères. De même, aux niveaux bilatéral et régional, les aquifères sont régis par les mêmes règles que celles applicables aux cours d'eau transfrontières. Le rapport montre néanmoins qu'un certain nombre d'aquifères et de systèmes aquifères transfrontières ont leurs caractéristiques propres, qui peuvent appeler une réglementation spéciale, différente de celle d'autres cours d'eau internationaux.

30. Le projet dont est saisie la Commission s'inspire largement − et, selon M. Kolodkin, à juste titre − de la Convention de 1997. Un tiers seulement des 21 articles de fond est nouveau. Un autre tiers environ est emprunté, pour ainsi dire, à la Convention de 1997; quant aux articles restants ils s'en inspirent largement. Dans plusieurs cas, la question s'est posée de savoir s'il fallait s'éloigner de la Convention de 1997, et plusieurs innovations vis-à-vis de cet instrument méritent d'être expliquées dans le commentaire. Il est assez naturel que les deux textes coïncident largement puisque, à bien des égards, les sujets se recoupent. Un grand nombre d'eaux souterraines transfrontières étant régies par la Convention de 1997, alors que quelques aquifères seulement le seront par le nouvel instrument, on ne saurait écarter la possibilité que des différends surgissent entre États sur le point de savoir lequel des deux instruments s'applique.

31. En premier lieu, le nouvel instrument devrait être juridiquement contraignant, au même titre que la Convention de 1997. Deuxièmement, il devrait s'agir, comme dans le cas de la Convention de 1997, d'une convention-cadre. Cet instrument doit contenir des principes généraux fondamentaux, que les États de l'aquifère qui y sont parties doivent respecter, que des accords aient été ou non conclus entre eux. Les États devraient pouvoir disposer d'une marge de manœuvre suffisante lorsqu'ils concluent des accords, afin que la nature particulière de chaque aquifère ou système aquifère, le type de relations spécifiques entre les États concernés, leur niveau de développement social et économique et les facteurs connexes auxquels M^me^ Xue a fait allusion, les priorités réelles concernant l'utilisation des aquifères au moment opportun, et de nombreux autres éléments puissent être pris en compte. À l'instar de M. Matheson, M. Kolodkin considère qu'une telle souplesse est nécessaire. Parallèlement, le futur instrument doit également donner des orientations en ce qui concerne la conclusion d'accords *inter se*.

32. En l'absence de tels accords, ou lorsque les États de l'aquifère transfrontière n'y sont pas tous parties, les États qui ne sont pas tenus par les accords ont le droit d'agir de façon indépendante à l'égard de l'aquifère, comme cela a été souligné par M. Opertti Badan. Mais cette liberté, renforcée par le principe de la souveraineté sur les ressources naturelles situées sur le territoire national, n'est pas et ne peut pas être absolue. En toute rigueur, elle n'existe pas, même actuellement. En l'absence de l'instrument actuellement à l'étude, il existe le droit international général, dont les dispositions pertinentes, comme M. Brownlie l'a souligné, s'appliquent au comportement des États, notamment en ce qui concerne les aquifères transfrontières. Ces règles n'ont pas seulement trait à la responsabilité (*liability*) pour les activités non interdites par le droit international, ce sont également des règles coutumières sur la responsabilité pour des faits internationalement illicites. À cet égard, M. Kolodkin ne voit pas la nécessité d'inclure dans le projet de disposition sur la relation que celui-ci entretient avec le droit international général, bien que la pertinence de ce dernier puisse, par exemple, être confirmée dans le préambule.

33. Parallèlement, la conduite des États qui ne sont pas parties à des accords particuliers sur les aquifères doit être réglementée dans le futur instrument. C'est pour cette raison que les dispositions qui seront élaborées par la Commission doivent demeurer relativement générales, comme celles de la Convention de 1997. Le projet présenté par le Rapporteur spécial correspond, dans l'ensemble, aux points que M. Kolodkin vient d'évoquer. Il aurait néanmoins préféré que la Commission détermine, au stade actuel, si elle prévoit de formuler un instrument juridiquement contraignant, comme il le préconise, ou un ensemble de recommandations. S'agissant de la forme, il n'écarte pas la possibilité d'un protocole à la Convention de 1997, bien qu'il n'ait aucune objection de principe à ce qu'il s'agisse d'un traité distinct.

34. Examinant les dispositions particulières du projet, M. Kolodkin émet de sérieux doutes au sujet des projets d'articles 3 et 4. Il convient, avec M. Galicki, que la raison pour l'emploi du terme « arrangements » n'est pas claire. Celui-ci peut être interprété comme couvrant à la fois des arrangements juridiquement contraignants, c'est-à-dire des instruments juridiques internationaux, et des arrangements non contraignants, tels que des arrangements politiques ou à caractère administratif. Ou bien ce terme peut-il être entendu comme couvrant uniquement le dernier type d'arrangement? Dans quel sens est-il utilisé à l'article 3? S'il l'est dans le premier sens, alors il y a un chevauchement évident entre les projets d'articles 3 et 4. S'il l'est dans le second sens, alors on peut se demander quel est le but de l'article 4, qui détermine la relation du projet de convention avec les textes qui ne sont pas des instruments juridiques internationaux. Et dans ce cas, est-il normal que le paragraphe 3 du projet d'article 3 accorde la priorité à un arrangement juridique non international sur un traité international?

35. La deuxième phrase du paragraphe 1 du projet d'article 3 semble indûment détaillée. Si l'article est retenu, il faudrait envisager de la supprimer. M. Kolodkin n'est pas non plus convaincu que le paragraphe 2 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer soit un bon modèle pour le paragraphe 2 de l'article 4 du projet. Contrairement au présent projet, la Convention sur le droit de la mer peut difficilement être considérée comme étant avant tout un instrument-cadre. Le paragraphe 2 devrait renvoyer non aux accords compatibles avec le projet de convention dans son intégralité, mais à ceux compatibles avec ses principes généraux. Il peut être utile de se demander s'il y a un intérêt à remplacer les projets d'articles 3 et 4 par l'article 3 de la Convention de 1997. En tout état de cause, toute modification vis-à-vis de ce texte doit être pleinement justifiée, ce qui n'est pas le cas à présent selon M. Kolodkin.

36. Si la distinction entre aquifère alimenté et aquifère non alimenté est conservée, alors l'absence, à l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 5, de toute référence à la pérennité est justifiée. L'applicabilité de cette notion aux aquifères alimentés, en particulier lorsque leur utilisation n'offre pas d'autre option, n'est toutefois nullement discutable. Ne serait-il pas suffisant de conserver simplement la référence existante à l'utilisation équitable et raisonnable dont il est question à l'article 5?

37. M. Kolodkin est également favorable à ce que l'expression « significatif » qualifie le terme « dommage », pour des raisons déjà mentionnées par d'autres membres. La raison pour laquelle le terme « significatif » est omis dans le titre du projet d'article 7, alors qu'il figure à l'article correspondant de la Convention de 1997, n'est pas tout à fait claire. M. Kolodkin ne partage pas l'avis de ceux qui souhaitent développer la référence, au paragraphe 3 de l'article 7, à l'indemnisation et à la responsabilité (*liability*) en général, dans la mesure où cette question est prévue par les normes du droit international général. Ce paragraphe est libellé selon le modèle du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de 1997, qu'il vaudrait mieux conserver tel quel.

38. Le paragraphe 1 du projet d'article 10, relatif au suivi, est formulé de manière beaucoup trop catégorique. Il n'est guère possible d'établir une obligation universelle d'approuver des normes et une méthodologie harmonisées pour assurer la surveillance de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière. Il serait plus réaliste d'évoquer l'obligation de coopérer en matière de suivi et d'échanger des informations. Tel qu'il est libellé, le paragraphe convient davantage à des accords entre les États de l'aquifère ou à des accords au niveau régional.

39. Le projet d'article 13, qui représente une innovation importante par rapport à la Convention de 1997, introduit la notion de « conséquence préjudiciable ». Toutefois, des termes tels que « impact » (art. 1er), « dommage significatif » (art. 7 et suiv.), « dommage grave » (art. 19) et « effets négatifs » (art. 16 et 17) sont également utilisés. La grande variété des termes utilisés doit être expliquée ou faire l'objet de commentaires.

40. Le projet d'article 15 est consacré à la gestion. Toutefois, contrairement à l'article correspondant dans la Convention de 1997, cette notion, qui est utilisée avec des sens très variés dans différents traités internationaux, n'est pas appliquée. Ici aussi il peut être utile de suivre l'exemple de la Convention de 1997.

41. Au paragraphe 37 du rapport, il est indiqué, au sujet du projet d'article 16, que celui-ci est fondé sur l'article 11 de la Convention de 1997. Cependant, cela n'est pas entièrement vrai. L'article 16 prévoit que les États de l'aquifère ont eux-mêmes l'obligation d'évaluer les effets potentiels de leurs activités projetées, alors que l'article 11 de la Convention de 1997 concerne l'échange d'informations, les consultations et les négociations portant sur les effets éventuels des mesures projetées. M. Kolodkin n'est pas convaincu que les neuf articles consacrés aux mesures projetées dans la Convention de 1997 doivent être réduits à deux articles dans le projet de convention.

42. Ses observations particulières sur les articles ne devraient pas être interprétées comme dénigrant le projet. Au contraire, des progrès remarquables ont été faits sur la question. Les membres de la Commission qui sont favorables à ce que le projet soit examiné en groupe de travail ont certainement raison; mais il convient d'avoir toujours à l'esprit qu'il sera ensuite nécessaire de le renvoyer au Comité de rédaction. Selon M. Kolodkin il est parfaitement possible d'examiner le projet en première lecture à la prochaine session de la Commission.

43. M. CANDIOTI félicite le Rapporteur spécial pour son excellent travail, en particulier l'accent mis sur l'aquifère guarani, qui est sous la juridiction des quatre États du MERCOSUR. Il approuve la structure et l'économie générale du projet, qui offre une bonne base pour élaborer un ensemble de principes sur le sujet. Bien que la décision relative à la forme du projet doive être prise ultérieurement, les principes devraient être formulés, selon M. Candioti, comme des propositions normatives. M. Candioti partage l'avis des membres de la Commission qui estiment qu'un certain nombre de dispositions doivent être améliorées dans le cadre du groupe de travail ou du Comité de rédaction.

44. Le principe de la souveraineté des États de l'aquifère sur leurs ressources naturelles devrait figurer dans le dispositif du texte, et pas seulement dans son préambule. L'affirmation explicite de ce principe dans l'un des articles du projet est conforme au caractère juridique de l'aquifère transfrontière et au rôle crucial accordé aux États de l'aquifère dans le projet. Le Rapporteur a fait valoir à juste titre que l'utilisation et la gestion d'un aquifère transfrontière relèvent exclusivement des États de l'aquifère, et qu'il ne fallait en aucune façon envisager une internationalisation ou une universalisation de ces aquifères.

45. Examinant à présent les projets d'articles proprement dits, M. Candioti approuve les trois paragraphes de l'article premier relatif au champ d'application du projet. S'agissant de l'ordre dans lequel ils sont présentés, il appuie la proposition de Mme Xue visant à accorder davantage d'importance à la protection, à la préservation et la gestion des aquifères compte tenu de leur caractère fragile et vulnérable et des besoins humains vitaux qu'ils doivent satisfaire.

46. Sur le projet d'article 2, il approuve les nouvelles définitions des termes « aquifère » et « système aquifère », mais il préconise de supprimer le membre de phrase entre crochets aux alinéas *a* et *b*. M. Candioti n'est pas convaincu que la distinction établie aux alinéas *e* et *f* entre « aquifère alimenté » et « aquifère non alimenté » soit adaptée et utile en l'état actuel du projet. La Commission devrait reporter à une date ultérieure le débat sur la question de savoir si des normes distinctes sont nécessaires du fait de cette distinction.

47. Concernant le projet d'article 3, M. Candioti souhaiterait qu'un libellé plus énergique soit adopté au sujet du droit des États de l'aquifère de participer à des arrangements bilatéraux ou régionaux relatifs à la gestion des aquifères transfrontières, et de l'obligation de chaque État de l'aquifère de respecter les droits des autres. Il est

également justifié de prévoir, au paragraphe 2, l'harmonisation de ces arrangements avec les autres principes du projet, la prise en compte des caractéristiques et des utilisations spéciales d'un aquifère ou d'un système aquifère donné, ainsi que l'obligation des États de l'aquifère de se consulter et de négocier de bonne foi.

48. Les règles proposées à l'article 4 sont appropriées, mais elles devraient peut-être figurer à la fin du projet. M. Candioti approuve également le principe de l'utilisation équitable et raisonnable, tel qu'il est formulé à l'article 5, ainsi que, sur le fond, les principes énoncés dans les projets d'articles 6 à 11.

49. Il partage l'avis des membres qui ont recommandé d'inclure un principe de précaution, et ce, en rédigeant de façon plus énergique le projet d'article 14. Dans tout ce qui a trait à l'utilisation et à la gestion des aquifères transfrontières, la protection contre le risque de pollution devrait être une priorité.

50. M. CHEE observe que la question de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles sera traitée dans le préambule, dans la dernière phase de l'examen du projet. Selon lui, les États doivent être prêts à accepter certaines restrictions à leur souveraineté en vertu des traités qu'ils concluent.

51. S'agissant du projet d'article premier, il dit que la référence à « d'autres activités », à l'alinéa *b*, est trop vague pour permettre de déterminer qui est responsable de l'impact sur un aquifère ou un système aquifère. Le terme « activités » semble se référer simplement aux activités des États, qu'ils soient ou non parties à la convention.

52. M. Chee ne pense pas que le projet d'article 3 soit nécessaire; vu le grand nombre d'arrangements bilatéraux ou régionaux qui existent déjà en matière de gestion des aquifères transfrontières, un mécanisme supplémentaire de coopération serait superflu. Le projet d'article 3 serait plus utile dans des régions où de tels arrangements n'existent pas.

53. Le paragraphe 1 du projet d'article 4 est relatif à la relation entre le projet de convention et la Convention de 1997. Toutefois, une poignée seulement d'États membres ont ratifié ladite Convention, qui ne fait, en outre, qu'une seule référence aux « eaux souterraines », à l'alinéa *a* de l'article 2, lequel se rapporte à la notion d'interdépendance hydrologique. Au paragraphe 16 du troisième rapport, le Rapporteur spécial admet que la Convention de 1997 n'accorde qu'une importance secondaire aux eaux souterraines. Cette convention pourrait néanmoins servir de cadre pour le présent projet.

54. Les paragraphes 1 et 2 du projet d'article 5 s'inspirent dans une large mesure de l'article 5 de la Convention de 1997. Les informations figurant au paragraphe 22 du rapport sur les aquifères alimentés constituent une contribution importante au droit des eaux souterraines en cours d'élaboration. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 serait plus clair si l'adjectif « néfaste » était ajouté après le terme « impact ».

55. Le projet d'article 8 a trait à l'obligation générale des États de coopérer sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, de l'avantage mutuel et de la bonne foi, ainsi que de l'utilisation raisonnable, et il encourage les États à établir des mécanismes ou des commissions conjoints. De tels mécanismes constituent déjà la base de la quasi-totalité des arrangements qui existent en matière d'eaux transfrontières. Les dispositions du projet d'article 9 sont particulièrement importantes pour assurer la coopération internationale pour la protection et la conservation des aquifères. Le projet d'article 10, relatif au suivi, représente une proposition nouvelle et bienvenue. M. Chee approuve également les articles 12, 13 et 14, qui pourraient être appliqués si la technologie et l'information nécessaires étaient disponibles.

56. S'agissant du projet d'article 15, il a déjà proposé la création d'une commission chargée des frontières en tant qu'organe administratif de la Convention. Les dispositions du paragraphe 2 de l'article 8 peuvent être reproduites et constituer un second paragraphe de l'article 15. De tels organes d'exécution et de gestion existent déjà dans les relations entre les États-Unis et le Canada, les États-Unis et le Mexique, ainsi qu'entre de nombreux autres États.

57. L'article 17 est une disposition importante, la question de la notification en temps voulu ayant déjà été traitée en 1957 dans le cadre de l'arbitrage concernant l'affaire du *Lac Lanoux*, entre la France et l'Espagne, et de la Convention relative à la protection de l'environnement de 1974 conclue entre le Danemark, la Finlande, la Norvège et la Suède. Toutefois, le projet d'article 20 semble s'appliquer davantage aux eaux de surface.

58. De façon plus générale, M. Chee dit qu'il n'a relevé aucune indication sur l'impact du projet de traité de Bellagio[1]. Il reste à déterminer de quelle manière les Règles sur les eaux souterraines internationales, adoptées par l'Association de droit international à Séoul en 1986[2], et les Règles sur les ressources en eau, adoptées à Berlin en 2004[3], influenceront l'orientation future du droit international dans ce domaine. Il est regrettable que les travaux de M. McCaffrey[4] et d'autres auteurs sur les eaux souterraines ne soient pas encore pleinement appréciés à leur juste valeur. La Commission devrait néanmoins poursuivre ses travaux en vue d'élaborer un instrument qui puisse être signé par tous les États que la coopération internationale dans le domaine des aquifères et des systèmes aquifères intéresse. M. Chee appuiera tous les efforts en ce sens.

---

[1] Hayton, Robert D. et Albert E. Utton, « Transboundary groundwaters: the Bellagio draft treaty », *Natural Resources Journal*, vol. 29, nº 3, p. 663 à 720.

[2] Association de droit international, *Report of the Sixty-Second Conference (Seoul 1986)*, Commission pour le droit des ressources en eau internationales, rapport de la Commission, p. 8.

[3] Association de droit international, *Report of the Seventy-First Conference (Berlin 2004)*, Londres, 2004, p. 335 à 412.

[4] Voir notamment *Annuaire… 1991*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/436, par. 17 à 49.

Effets des conflits armés sur les traités (A/CN.4/552[5], A/CN.4/550 et Corr.1 et 2[6])

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

59. Le PRÉSIDENT invite M. Brownlie à présenter son premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités (A/CN.4/552), et il attire l'attention sur l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2), qui représente un examen complet de la pratique et de la doctrine en la matière.

60. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial), présentant son premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, dit que sa propre conception du sujet est que celui-ci a un centre de gravité clair: le projet constitue un ensemble d'articles qu'il a été difficile de scinder en parties, dans la mesure où il forme un ensemble cohérent.

61. Le premier objectif du projet est de clarifier la situation juridique. Le deuxième est de promouvoir et de renforcer la sécurité des relations juridiques entre États. L'objet sous-jacent du projet est donc de limiter les situations au sujet desquelles il est possible de dire qu'un conflit armé a eu un effet sur des relations conventionnelles. Cela a une incidence sur la portée du concept de conflit armé. Le troisième objectif est de renforcer l'accès à la pratique des États sur le sujet, et d'en accroître l'utilisation. Étant donné le sujet traité, la méthode adoptée a consisté à élaborer un ensemble d'articles, sans préjudice de la forme définitive que pourra prendre le projet. En tout état de cause, la nécessité de préciser l'état de la question sur le plan juridique a amené à introduire quelque peu le sujet.

62. Les auteurs qui ont réfléchi à la question ont généralement souligné le caractère incertain des sources, mais cette inquiétude est peut-être exagérée. Le sujet est dominé par la doctrine, alors que la pratique est faible. Toute la pratique existante a été prise en compte, mais elle date pour l'essentiel de plus de 60 ans. Cela ne l'invalide pas nécessairement: en effet, on ne peut pas dire que les questions de fond relatives aux effets des conflits armés aient changé sur le plan qualitatif depuis 1920. Selon le Rapporteur spécial, le changement fondamental intervenu dans l'entre-deux-guerres a été l'évolution graduelle vers le pragmatisme, au détriment de l'idée que l'incidence des conflits armés était une question au-delà du droit et ne relevant pas globalement des tribunaux. Cela étant, il est évidemment nécessaire d'avoir accès à davantage de pratique, en particulier la pratique récente.

63. Le projet d'articles a un caractère provisoire et un objectif pratique, à savoir obtenir des informations et des avis des gouvernements. La nécessité d'obtenir des informations sur la pratique des États est suffisamment claire, mais le processus consistant à recueillir cette pratique ainsi que les avis des gouvernements sera plus efficace si la Commission leur présente un projet d'articles formant un tout plus ou moins complet.

64. Le projet d'articles est censé être compatible avec la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités. Il est généralement admis que la question à l'examen constitue une branche du droit des traités, plutôt qu'un développement du droit relatif à l'emploi de la force. Comme les membres de la Commission s'en souviendront, l'article 73 de la Convention de Vienne exclut expressément la question des effets de l'ouverture d'hostilités.

65. Le problème suivant est celui du traitement de la notion de conflit armé. Lorsqu'il a été proposé d'inscrire le sujet à l'ordre du jour, on a craint à juste titre qu'il conduise à un exposé savant et général sur la question. Le Rapporteur spécial espère par conséquent que la Commission se satisfera d'une définition de travail, à appliquer de manière contextuelle, plutôt que d'une tentative de codification complexe, approche qui constituerait une distraction superflue.

66. L'étude du Secrétariat, que le Rapporteur spécial a évoquée dans son rapport comme une source d'informations, n'a pas influencé son approche générale de la question, qui était entièrement définie avant que l'étude ne soit publiée. Celle-ci constitue une monographie savante et approfondie, alors que son rapport s'articule autour d'un axe constitué par le projet d'articles.

67. Le sujet a déjà démontré son intérêt pratique en matière de règlement pacifique des différends. Tout récemment, les questions juridiques évoquées dans le premier rapport ont tenu une place importante dans la procédure de la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie, à La Haye. Le premier rapport a donc déjà servi à des organes judiciaires.

68. L'introduction qui précède le projet d'articles proprement dit commence par un bref exposé des considérations théoriques sous-jacentes aux différentes notions qui sont apparues dans la doctrine au sujet des effets des conflits armés sur les traités. On distingue essentiellement quatre théories: selon la première, largement dépassée, la guerre est l'opposé de la paix et implique une rupture complète des relations et un retour à l'anarchie; il en découle que tous les traités sans exception sont annulés, et que ce droit d'abrogation résulte de l'état de guerre, quelle que soit l'intention originelle des parties. Selon la deuxième théorie, qui constitue dans une certaine mesure une variante de la première, le critère est la compatibilité avec les buts de guerre ou l'état des hostilités, ce qui revient à dire que les traités demeurent en vigueur sous réserve des nécessités de la guerre.

69. Pour les tenants de la troisième théorie, le critère est l'intention des parties au moment où elles ont conclu le traité. La quatrième, qui représente une école de pensée distincte dans la doctrine, fait valoir que depuis 1919, et en particulier depuis l'apparition de la Charte des Nations Unies, les États ne disposent plus d'une compétence générale pour recourir à la force, hormis en cas de légitime défense; il en découle que l'emploi de la force ne doit pas être considéré comme un «dissolvant» général des obligations conventionnelles. Selon le Rapporteur spécial, la troisième théorie est la plus réaliste et la plus représentative de l'état actuel du droit international; il ne serait pas très utile d'examiner toutes ces théories de façon approfondie.

---

[5] Reproduit dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).

[6] Reprographié, disponible sur le site de la Commission.

70. Abordant à présent le projet d'articles proprement dit, le Rapporteur spécial dit que la rédaction du projet d'article premier, relatif au champ d'application de la Convention, suit les dispositions de l'article premier de la Convention de Vienne de 1969. Le projet d'article 2, concernant les définitions, définit les termes « traité » et « conflit armé », aux paragraphes *a*) et *b*), respectivement. La définition du « traité » suit celle énoncée dans la Convention de Vienne de 1969, et la définition de l'expression « conflit armé » est fondée sur la formulation adoptée par l'Institut de droit international dans sa résolution du 28 août 1985 [ci-après dénommée résolution d'Helsinki][7]. Cette dernière, bien qu'en partie incomplète, est néanmoins suffisante, et le Rapporteur spécial estime qu'il est préférable d'adopter une approche contextuelle et de parler d'« opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application des traités entre les États parties au conflit armé ou entre ces États et des États tiers » (art. 26). C'est pourquoi, malgré les débats dans la doctrine au sujet des effets de la guerre et de la portée d'un conflit armé, le Rapporteur spécial a délibérément rédigé l'alinéa *b* du projet d'article 2 de manière à mettre en relief l'approche contextuelle. La Commission s'interrogera peut-être sur l'opportunité de tenter ou non une codification générale des conflits armés, en tant que premier principe général; le Rapporteur spécial espère qu'elle choisira de ne pas le faire.

71. La deuxième question d'orientation à caractère général porte sur le point de savoir si les conflits armés incluent aussi les conflits internes. Selon le Rapporteur spécial, il serait préférable d'exclure les conflits armés non internationaux et de privilégier les conflits armés internationaux, qui ont nécessairement pour effet d'interrompre les relations conventionnelles entre États. Certes, comme indiqué dans le rapport (par. 17), selon un certain point de vue, les conflits armés internes peuvent comprendre des éléments externes et affecter par conséquent le fonctionnement des traités autant, si ce n'est plus, que les conflits armés internationaux. La Commission pourra souhaiter exprimer son avis, éventuellement dans le commentaire, sur la question de savoir si les conflits armés internes doivent être inclus dans le sujet. Le libellé de l'alinéa *b* du projet d'article 2 laisse cette question ouverte; cependant, étant donné les situations qui ont existé en ex-Yougoslavie, ou, plus récemment, en République démocratique du Congo, où un gouvernement national a choisi d'intégrer des unités irrégulières dans sa structure de commandement, la Commission peut souhaiter prendre une décision de principe sur la question de l'inclusion des conflits non internationaux. Le Rapporteur spécial demeure toutefois d'avis que le but du projet d'articles est de renforcer, plutôt que d'affaiblir, la sécurité juridique des relations entre États.

72. Le projet d'article 3, sur l'extinction ou la suspension de l'application *ipso facto*, reproduit l'article 2 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international; compte tenu de la teneur des articles suivants, en particulier du projet d'article 4, il n'est pas, à proprement parler, nécessaire. Il semble toutefois important de souligner que l'ancienne position, selon laquelle un conflit armé annule automatiquement les relations conventionnelles, a été remplacée par une conception plus contemporaine selon laquelle la simple ouverture d'un conflit armé, qu'il s'agisse ou non d'une guerre déclarée, n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités en vigueur ni la suspension de leur application entre parties au conflit. Si la Commission souhaite que le projet d'article 3 soit supprimé, M. Brownlie n'y est pas opposé.

73. Le projet d'article 4, relatif aux indices de prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application en cas de conflit armé, représente une disposition essentielle; l'alinéa *b* du paragraphe 2 souligne en particulier le caractère contextuel de l'opération. La doctrine moderne en général semble mettre l'accent sur l'intention des parties, bien que des auteurs francophones aient souvent adopté une approche qui semble être une combinaison de positions anciennes et plus modernes. Selon la doctrine de la caducité, la guerre a pour effet de mettre un terme aux relations conventionnelles, malgré quelques exceptions importantes fondées sur l'intention ou l'intention supposée. Le Rapporteur spécial considère toutefois qu'il est contradictoire, par définition, de dire qu'un conflit armé est qualitativement incompatible avec des relations conventionnelles et ne relève donc pas de la compétence des tribunaux, et de dire en même temps qu'il peut y avoir des exceptions à cette règle, le critère étant l'objet et le but du traité. En dernière analyse toutefois, les deux approches semblent privilégier la notion d'intention; le projet d'article 4 s'efforce par conséquent d'universaliser le critère de l'intention, tant au regard de la nature du traité lui-même que de la nature et de la portée du conflit armé en question.

74. Le reste du projet d'articles contient des dispositions secondaires plus spécialisées. Le projet d'article 5, portant sur l'effet de dispositions expresses sur l'application des traités, reflète la situation dans laquelle des traités expressément applicables à des situations de conflit armé demeurent applicables en cas de conflit armé (par. 1) et dans laquelle le déclenchement d'un conflit armé n'affecte pas la compétence des parties au conflit armé pour conclure des traités (par. 2). Il existe, en fait, des exemples bien connus de belligérants qui, au cours d'un conflit armé, concluent des accords entre eux, et les principes énoncés dans le projet d'article 5 sont confirmés par la doctrine correspondante.

75. Le projet d'article 6 aborde la question des traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé. Bien que quelques auteurs soient d'avis que, dans les cas où un conflit armé a été causé par des divergences quant à la signification ou au statut d'un traité, celui-ci peut être présumé annulé, la conception contemporaine est qu'une telle situation ne signifie pas nécessairement que le traité en question ne serait plus en vigueur. En fait, la pratique des États confirme que, lorsqu'un processus de règlement pacifique est déclenché, les obligations conventionnelles existantes à l'origine du conflit armé demeurent applicables. L'affaire *Rann de Kutch (Inde c. Pakistan)* et la décision de la Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie[8] illustrent des situations où les dispositions conventionnelles dont l'interprétation a donné lieu au conflit ont été prises en compte dans l'établissement d'un règlement définitif.

[7] *Annuaire*, vol. 61, t. 2 (session d'Helsinki, 1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283.

[8] Le texte de la décision est joint en annexe à la « Lettre datée du 15 avril 2002, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général » (S/2002/423).

76. Enfin, à titre d'introduction préliminaire au projet d'article 7 relatif à l'application des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables, c'est-à-dire les traités qui demeureraient applicables durant un conflit armé, M. Brownlie dit qu'une liste indicative de certains de ces traités figure au paragraphe 2. En établissant cette liste il s'est également référé à l'étude du Secrétariat sur les effets des conflits armés sur les traités, qui lui a été très utile. La liste n'est pas exhaustive et l'inclusion de tel ou tel type de traité dans la liste ne devrait pas être interprétée comme une approbation de la part du Rapporteur spécial. Le critère de base qui a présidé à l'établissement de la liste a été celui de savoir si les traités en question pouvaient ou non être soumis à l'examen de la Commission.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

77. M. MANSFIELD (Président du Comité de rédaction) annonce que la composition définitive du Comité de rédaction sur la question des réserves aux traités est la suivante: M. Comissário Afonso, M. Daoudi, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Matheson, Mme Xue et le Rapporteur spécial, M. Pellet.

La séance est levée à 13 h 5.

[*] Reprise des débats de la 2833e séance.

2835e SÉANCE

Mardi 10 mai 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) [A/CN.4/552 et A/CN.4/550 et Corr.1 et 2]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à poursuivre la présentation de son premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités (A/CN.4/552).

2. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que le projet d'article 7, qui est étroitement lié aux projets d'articles 3 et 4, énonce une position juridique largement reconnue par la doctrine et que reflète bien la pratique des États. Il énumère les 11 catégories de traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables. Cette liste a un caractère essentiellement indicatif, et la Commission pourra estimer que certains de ces traités peuvent en être exclus. L'inclusion notamment des traités pour la protection des droits de l'homme et des traités relatifs à la protection de l'environnement peut donner lieu à controverse.

3. En ce qui concerne les premiers, il convient de rappeler que le sujet étudié n'a pas directement trait au droit des traités mais à certaines dispositions du droit international général concernant la question de savoir si la survenance d'un conflit armé empêche en elle-même l'application d'un traité. En l'état, le projet d'articles ne permet pas de répondre à la question, puisqu'il se borne à énoncer un principe, à savoir celui de l'intention des parties. Par ailleurs, le raisonnement suivi dans l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550, par. 18 à 78), consistant à établir une analogie entre la non-dérogeabilité des dispositions des traités relatifs aux droits de l'homme et les normes de *jus cogens*, et à établir ensuite un lien entre le critère de la dérogeabilité et la question de l'effet des conflits armés n'est pas, selon le Rapporteur spécial, totalement convaincant. Il n'en demeure pas moins que les traités pour la protection des droits de l'homme devraient figurer dans la liste, dès lors qu'on y inclut les traités d'amitié, de commerce et de navigation, ainsi que les traités relatifs aux investissements bilatéraux.

4. S'agissant des traités relatifs à la protection de l'environnement, le Rapporteur spécial précise qu'il n'existe pas de droit unifié dans ce domaine, que celui-ci est fragmentaire et que par conséquent, il n'y a pas de position unique sur la question des effets d'un conflit armé sur cette catégorie de traités. Dans l'avis consultatif du 8 juillet 1996 sur la licéité de l'utilisation des armes nucléaires par un État dans un conflit armé, la CIJ s'est bien gardée de se prononcer sur ce point. On ne peut donc pas conclure à l'existence d'une véritable *opinio juris* en la matière.

5. Il est évident que les articles 1 à 7 constituent l'essence du projet présenté, les articles 8 à 14 qui suivent traitant simplement des conséquences juridiques qui en découlent. Une question n'est pas traitée, celle du règlement pacifique des différends, mais le Rapporteur spécial pense qu'il vaudrait mieux la laisser de côté jusqu'à ce que la Commission ait achevé l'examen des points essentiels et réfléchi plus avant à la nature de l'étude sur les effets des conflits armés sur les traités qu'elle a entreprise. En outre, aussi choquant que cela puisse paraître, il ne lui paraît pas indispensable de l'inclure dans un texte normatif. Chacun sait de toute façon, ainsi qu'il apparaît dans la Convention de Vienne sur le droit des traités elle-même, que les États ont généralement la possibilité de joindre à un traité un plan de règlement des différends s'ils le souhaitent.

6. Revenant aux articles proposés, le Rapporteur spécial dit que le projet d'article 8 énonce une évidence car

il traite d'une question courante lorsqu'un conflit armé a pour conséquence l'extinction ou la suspension d'un traité, celle du mode de suspension ou d'extinction. Il n'est pas absolument nécessaire mais il paraît raisonnable et utile de l'inclure dans le projet. Cette observation vaut également pour l'article 9 (Reprise de l'application des traités dont l'application a été suspendue) dont le commentaire est assez succinct. Il s'agit pour les États de clarifier leurs positions et de lever les ambiguïtés dans leurs relations après un conflit.

7. Le projet d'article 10 est sujet à controverse et son approche est complètement différente de celle adoptée par l'Institut de droit international dans sa résolution d'Helsinki[1]. Pour le Rapporteur spécial, le projet à l'étude ne traite pas de la question de la licéité de la menace ou de l'emploi de la force qui pourrait entrer en jeu, ce qui ne veut pas dire qu'il n'en est pas du tout tenu compte. C'est précisément parce qu'il sait que le sujet est controversé que le Rapporteur spécial a fait figurer dans le commentaire les dispositions pertinentes de la résolution de l'Institut de droit international.

8. Le projet d'article 11 n'est pas strictement nécessaire mais il n'en est pas moins utile dans un projet qui a valeur d'exposé et le Rapporteur spécial rappelle à ce sujet le contenu de l'article 75 de la Convention de Vienne de 1969. Le projet d'article 12 lui non plus n'est pas strictement nécessaire mais son objet est pragmatique. Quant au projet d'article 13, il constitue aussi une conséquence technique des articles qui précèdent. Compte tenu des liens entre le sujet du rapport et d'autres aspects bien établis du droit des traités, il paraît nécessaire d'indiquer que les projets d'article sont sans préjudice de l'extinction des traités ou de la suspension de leur application résultant de l'accord des parties ou d'une violation substantielle ou de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible ou d'un changement fondamental de circonstances. Une telle réserve énonce naturellement une évidence mais elle a son utilité. Enfin, le projet d'article 14 encore une fois n'est pas nécessaire et reflète la pratique répandue de la remise en vigueur de traités « d'avant-guerre » dont l'application a été suspendue ou qui ont été abrogés en raison d'un conflit armé.

9. M. GAJA salue tout d'abord la rapidité avec laquelle ce premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités a été établi et félicite le Rapporteur spécial pour la clarté de ses arguments. Le Rapporteur spécial a une idée très précise de l'orientation qu'il souhaiterait donner à l'étude de la question et, face à une telle conviction, on serait tenté de lui laisser le champ libre. Toutefois, la Commission se doit d'examiner ses vues d'un œil critique et sa tâche est rendue particulièrement difficile par le fait qu'elle manque d'informations sur les liens entre les solutions proposées par le Rapporteur spécial aux problèmes constatés et la pratique. En effet, le Rapporteur spécial n'analyse pas la pratique de façon systématique, se contentant de s'y référer parfois, disant notamment au paragraphe 43 qu'il est probable qu'une bonne part de la pratique des États prend la forme d'observations selon lesquelles l'existence et la nature d'un principe général font l'objet d'une controverse doctrinale ou, au paragraphe 44, qu'on admet généralement que les décisions des juridictions internes ne sont « guère utiles ». Une analyse approfondie de la pratique rendrait le travail du Rapporteur spécial et, en fin de compte, le futur projet d'articles de la Commission plus convaincant et encouragerait également les États à faire connaître des pratiques peut-être divergentes, ce qui aiderait la Commission à se faire un tableau plus complet de la situation. Il est vrai que le rapport est complété dans une certaine mesure par l'étude du Secrétariat sur la question mais celle-ci a été établie séparément et a un caractère préliminaire. Elle est certes utile en ce sens qu'elle suggère des solutions à certains problèmes ou met en évidence certains exemples de la pratique mais elle ne remplace pas l'analyse à laquelle le Rapporteur spécial puis la Commission devraient procéder.

10. Dans le cadre de l'examen de la pratique et de l'analyse des problèmes, il conviendrait de distinguer clairement entre les effets que les conflits armés ont sur les relations conventionnelles entre les parties en conflit, d'une part, et les effets que les conflits armés, par exemple des conflits civils, peuvent avoir sur des États tiers, d'autre part. M. Gaja note à ce sujet qu'il est fait référence dans l'étude du Secrétariat à la suspension par les États-Unis d'Amérique des programmes du Peace Corps en cas de conflit armé soit parce qu'ils sont directement impliqués, soit, le plus souvent, en raison de l'existence d'une guerre civile (A/CN.4/550, par. 101, note 349). La pratique peut toutefois être différente selon qu'un État est directement impliqué ou non dans un conflit, mais le Rapporteur spécial semble penser que le même principe s'applique dans tous les cas. On pourrait considérer que les règles énoncées dans la Convention de Vienne de 1969 sont suffisantes pour justifier la suspension de l'application d'un traité mais ce n'est pas la seule conclusion possible et il faudrait par conséquent examiner plus avant la pratique en la matière.

11. Abordant l'idée principale sur laquelle repose tout le rapport du Rapporteur spécial, à savoir que les conflits armés n'ont pas d'effet en soi sur l'application d'un traité sauf si telle est l'intention des parties, M. Gaja note que plusieurs exemples de la pratique qui sont donnés aussi bien dans le rapport que dans l'étude du Secrétariat semblent indiquer le contraire, c'est-à-dire que les conflits armés entraînent la suspension automatique des diverses catégories de relations conventionnelles en totalité ou en partie. Tout en étant prêt à admettre que des considérations de principe militent contre ces effets automatiques des conflits, M. Gaja ne pense pas que l'on puisse ne pas tenir compte de ces premiers éléments de la pratique disponibles et avancer une idée certes originale et intéressante mais qui ne constitue pas une base solide de discussion. Le critère de l'intention qui est envisagé dans les projets d'articles 4, 6 et 9 du projet est d'ailleurs assez vague. Bien que l'intention soit mentionnée dans un certain nombre de dispositions de la Convention de Vienne de 1969, rien n'y est dit de la façon de s'assurer de l'intention de l'État. À la différence des projets d'articles 4 et 9 proposés, les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 ont trait à l'interprétation des traités et non à la détermination de l'intention, de sorte qu'ils ne sont d'aucune utilité aux fins de l'étude de la Commission. En outre, il faudrait savoir si c'est de l'intention réelle ou

[1] *Annuaire*, vol. 61, t. 2 (session d'Helsinki, 1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283, voir en particulier les articles 7 à 9.

de l'intention présumée des États qu'il s'agit et, dans le second cas, peut-être faudrait-il l'énoncer différemment. S'il s'agit d'une question d'interprétation du traité, il suffirait d'insérer une réserve en vertu de laquelle le critère général ne s'appliquerait que si le traité n'en dispose pas autrement. Il faudrait, de l'avis de M. Gaja, revoir le projet d'article 7 actuel et essayer d'en tirer un principe d'application plus général.

12. Revenant sur certains des projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial, M. Gaja dit à propos du projet d'article premier (Champ d'application) qu'il faudrait envisager non seulement les traités entre États mais aussi ceux qui impliquent des organisations internationales en se référant à l'article 74 de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales. La définition qui est donnée du conflit armé à l'alinéa *b* du projet d'article 2, soit des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application des traités est quelque peu circulaire étant donné que la réponse à la question de savoir si les traités seront ou non affectés par un conflit est donnée dans l'article suivant. Il faudrait peut-être revoir le libellé de cette disposition. M. Gaja est favorable par ailleurs à la proposition faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 28 du rapport tendant à remplacer dans le projet d'article 3 les mots « *ipso facto* » par « nécessairement ». Enfin, il propose qu'au paragraphe 2 du projet d'article 5 et peut-être aussi dans le projet d'article 14 le mot « compétence » soit remplacé par le mot « capacité » conformément à la terminologie de la Convention de Vienne. Pour terminer, M. Gaja exprime l'espoir que le Rapporteur spécial développera plus avant les idées qu'il souhaiterait que la Commission fasse siennes en fin de compte.

Ressources naturelles partagées (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. B, A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1, A/CN.4/555 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

13. M. SEPÚLVEDA dit que la riche documentation, rassemblée et examinée par le Rapporteur spécial, montre qu'il est possible de rédiger un projet d'articles sur les eaux souterraines transfrontières même si la pratique des États en la matière n'est guère abondante. En outre, il existe de multiples accords multilatéraux, régionaux et bilatéraux, qui énoncent des principes pouvant servir de base à l'étude de la question.

14. Un premier point qui mérite l'attention est celui de la nature et du champ d'application du projet d'articles. La Commission pourrait envisager d'élaborer une convention sur le droit relatif aux systèmes aquifères transfrontières, mais, de par sa nature, un tel instrument aurait un caractère universel. Or, le sujet à l'étude ne présente pas un tel caractère dans la mesure où les États ne disposent pas tous de systèmes aquifères transfrontières. Il ne semble donc pas utile d'élaborer un protocole à la Convention de 1997. En revanche, une convention-cadre énonçant des principes destinés à faciliter la conclusion d'accords bilatéraux ou régionaux serait plus adaptée.

15. Un deuxième point concerne les pouvoirs politiques et les titres juridiques de l'État sur les systèmes aquifères transfrontières situés sur son territoire. Il a été dit que ces ressources hydrologiques seraient la propriété de l'État concerné, lequel exercerait une souveraineté exclusive sur celles-ci, conformément à la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale. Mais la reconnaissance d'un titre souverain, absolu et illimité à chaque État de l'aquifère priverait d'effet un projet d'articles qui vise précisément à conférer des droits et à imposer des obligations aux États concernés, dans la mesure où un tel titre ne favoriserait pas un partage équitable des ressources entre tous les États de l'aquifère et irait à l'encontre de l'idée selon laquelle ceux-ci doivent l'utiliser de façon raisonnable et durable.

16. M. Sepúlveda suppose que la notion de « droits souverains » des États sur les ressources naturelles relevant de leur juridiction, évoquée au paragraphe 19 du rapport, n'est pas due au hasard, mais reprend une formule analogue de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer visant à définir les pouvoirs de l'État riverain sur sa zone économique exclusive, lesquels ne sont pas assimilables à un droit de propriété absolu, mais doivent être compatibles avec certains droits des États tiers. Il paraît donc raisonnable de considérer à la fois que les États de l'aquifère exercent des droits souverains sur l'aquifère ou le système aquifère transfrontière situé sur leur territoire et que la communauté internationale doit leur imposer certains devoirs afin de veiller à ce qu'ils utilisent de façon responsable ces eaux souterraines. En revanche, M. Sepúlveda ne voit pas pourquoi il est fait mention de « l'intégrité territoriale » à l'article 8 relatif à l'obligation générale de coopérer et souhaiterait avoir des éclaircissements sur ce point qui n'est pas explicité dans le commentaire.

17. S'agissant de l'obligation de ne pas causer de dommage, il faudra non seulement examiner la question de l'indemnisation, comme indiqué au paragraphe 3 de l'article 7, mais aussi déterminer si le dommage significatif résulte d'un fait illicite, auquel cas la responsabilité internationale de l'État concerné est engagée. En revanche, si le dommage est dû à des actes qui ne sont pas interdits par le droit international, c'est la responsabilité objective (*liability*) de l'État qui sera engagée. La réparation d'un préjudice est en effet inséparable de l'obligation de ne pas causer de dommage. Par ailleurs, le projet d'articles devrait comporter des dispositions précisant la nature, l'origine et le destinataire du dommage.

18. Parmi les facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable, mentionnés à l'article 6, il conviendrait d'ajouter la qualité de l'eau. En effet, cette notion a été prise en compte dans divers instruments juridiques, tels que l'Accord Canada–États-Unis relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs conclu en 1978[2], ou encore la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux, conclue à Helsinki en 1992, dans laquelle est défini l'impact transfrontière. Cette notion peut être mise en relation avec l'alinéa *b* de l'article premier du projet d'articles, où il est dit que la convention s'applique aux autres activités

[2] *United States Treaties and other International Agreements, 1978-1979*, Washington, 1980, vol. 30, 2e partie, p. 1383.

qui ont ou sont susceptibles d'avoir un impact sur ces aquifères et systèmes aquifères. C'est pourquoi l'un des critères de l'utilisation équitable et raisonnable devra être la préservation de la qualité des eaux souterraines.

19. Enfin, M. Sepúlveda estime qu'il pourrait être utile d'inclure dans le projet d'articles une disposition semblable à celle de l'article 33 de la Convention de 1997, qui prévoit un mécanisme de règlement des différends liés à l'interprétation ou à l'application de la Convention.

20. M. COMISSÁRIO AFONSO partage l'avis du Rapporteur spécial sur la nécessité de faire expressément référence dans le projet d'articles à la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale mais pense comme d'autres membres de la Commission que cette référence devrait figurer dans le corps même du projet. Il est évident que la souveraineté territoriale s'exerce aussi sur les ressources souterraines, notamment les aquifères, et dans la mesure où l'on traite des eaux souterraines transfrontières il faut considérer que l'exercice de ces droits souverains doit aller de pair avec l'obligation de coopérer.

21. M. Comissário Afonso, pour qui la forme actuelle du projet d'article premier ne soulève pas de problème particulier, se demande s'il ne faudrait pas préciser le lien qui existe entre le projet de convention à l'étude et la Convention de 1997 en en soulignant les différences et les complémentarités. La Commission pourrait approfondir tel ou tel aspect de la question, voire suivre une autre voie en ce qui concerne certains points. Elle pourrait ainsi souligner sur le plan juridique les liens naturels qui existent déjà entre les eaux de surface et les eaux souterraines transfrontières de façon plus globale et intégrée. À cet égard, M. Galicki a justement appelé l'attention de la Commission sur un conflit éventuel qui pourrait surgir entre la Convention de 1997 et le projet à l'étude. Par ailleurs, selon le Rapporteur spécial, le terme « impact » doit être interprété comme recouvrant une notion plus large que celle de « dommage ». Il serait utile de préciser dans le projet ou le commentaire la portée de ce terme dont une définition plus claire est donnée dans certains instruments juridiques, comme l'Accord tripartite provisoire de 2002 entre la République du Mozambique, la République d'Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l'utilisation durable des eaux de l'Incomati et du Maputo, ou encore l'Accord de coopération entre l'Espagne et le Portugal de 1998 pour la protection des eaux et l'aménagement hydraulique durable des bassins hydrographiques hispano-portugais[3].

22. En ce qui concerne l'article 2, il ressort de l'explication donnée au paragraphe 8 du rapport que l'expression « contenant de l'eau », qui figure entre crochets à l'alinéa *a* de cet article, n'est pas nécessaire. M. Sepúlveda fait remarquer que la définition de l'aquifère, qui est donnée dans le projet de traité de Bellagio est plus courte et très concise[4]. Par ailleurs, M. Comissário Afonso se demande comment mesurer le caractère « négligeable » ou « non négligeable » du volume d'eau dont il est question aux alinéas *e* et *f*.

23. À l'article 3, les États sont encouragés à conclure des arrangements bilatéraux et régionaux mais pour les membres de la Commission qui souhaiteraient que celle-ci adopte un instrument juridiquement contraignant, les termes utilisés dans cet article ne sont pas assez forts. Il est sans doute possible de l'améliorer pour engager les États à négocier et à conclure, le cas échéant, de tels arrangements.

24. S'agissant de l'article 4, relatif à la relation avec d'autres conventions et accords internationaux, M. Comissário Afonso considère qu'il conviendrait aussi de mentionner les principes et les règles du droit international coutumier et général applicables, comme cela a été proposé par M. Brownlie et M. Niehaus. En fait, le projet serait plus efficace s'il contenait un ensemble de principes fondamentaux destinés à orienter les activités et les relations des États dans les domaines couverts par le projet de convention. Si certains de ces principes figurent déjà dans le texte, d'autres en revanche en sont absents, comme par exemple le principe de précaution et le principe du pollueur-payeur.

25. M. Comissário Afonso se félicite de ce que le Rapporteur spécial ait décidé d'inclure dans le projet d'article 5 les principes de l'« utilisation équitable » et de l'« utilisation raisonnable », ce qui fait de cet article, à ses yeux, l'un des plus importants du projet de convention. L'accent y est mis sur la nécessité de parvenir à un équilibre entre le droit souverain d'un État sur ses ressources naturelles et les intérêts, non seulement des autres États, mais aussi des générations actuelles et futures. C'est dans cette disposition, et non dans le préambule ou le projet d'article 8, que l'on doit traiter la question de la souveraineté et préciser que les deux principes susmentionnés doivent prévaloir sur l'égalité souveraine et l'intégrité territoriale des États.

26. À propos du projet d'article 7 (Obligation de ne pas causer de dommage), M. Comissário Afonso approuve l'idée de retenir comme seuil le « dommage significatif », déjà établi au paragraphe premier de l'article 7 de la Convention de 1997, de même que dans de nombreux autres instruments internationaux. En revanche, il a du mal à saisir quelles conséquences juridiques pourraient découler du paragraphe 3, selon lequel, en cas de dommage significatif, « les États… prennent toutes les mesures appropriées […] pour […] discuter de la question de l'indemnisation ». Il déplore que le projet ne contienne aucune règle concernant le règlement des différends et fait observer que deux États partageant un aquifère, dont l'un serait disposé à discuter et l'autre non, ne le jugeraient guère utile à cet égard. Il est fermement convaincu qu'en l'occurrence, la Commission devrait s'écarter de la Convention de 1997.

27. Enfin, M. Comissário Afonso accueille favorablement l'idée de constituer un groupe de travail qui serait chargé d'examiner le projet plus en détail avant son renvoi au Comité de rédaction.

28. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO félicite le Rapporteur spécial pour le travail important qu'il a accompli, sur un sujet complexe tant du point de vue juridique que du point de vue technique. Il formule tout d'abord quatre observations d'ordre général. Premièrement, le sujet est difficile

[3] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2099, nº 36496, p. 275.

[4] Hayton, Robert D. et Albert E. Utton, loc. cit.

et mal connu. En particulier, les aquifères et les systèmes aquifères présentent une grande diversité, qu'il s'agisse de leur forme et de leur étendue, ou encore du volume et de la qualité de leurs eaux. Deuxièmement, la pratique des États n'est pas très abondante, et il convient d'accorder la plus grande attention à certaines négociations bilatérales ou régionales en cours visant à réglementer l'utilisation des systèmes aquifères. Troisièmement, le projet d'articles a pour principal objet d'encourager et d'aider les États qui partagent un système aquifère à gérer cette ressource le mieux possible. La perspective bilatérale et régionale, et non mondiale, qui y est adoptée est donc la plus appropriée. Quatrièmement, le Rapporteur spécial a manifestement élaboré ce projet dans l'intention d'aboutir à un texte conventionnel, mais il faudra déterminer s'il s'agira d'une convention autonome, d'un accord-cadre ou d'un protocole à la Convention de 1997. Pour M. Rodríguez Cedeño, la forme la plus adéquate serait celle d'une convention-cadre, autonome, mais cette question devrait être examinée par le futur groupe de travail, dont il appuie pleinement la constitution. Quoi qu'il en soit, le projet devrait conserver des liens non seulement avec la Convention de 1997, qui doit être sa source principale d'inspiration, mais aussi avec les accords bilatéraux et régionaux existants et d'autres instruments connexes. Bien entendu, l'opinion des États à ce sujet sera déterminante.

29. Abordant ensuite des points plus spécifiques, M. Rodríguez Cedeño fait observer que le préambule devra effectivement être rédigé plus tard, mais qu'il devra se référer expressément à la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, dont il devra refléter le contenu de manière claire et exhaustive. Le projet d'article 2 (Emploi des termes) est à son avis acceptable, avec quelques réserves toutefois concernant la définition d'un aquifère alimenté et celle d'un aquifère non alimenté. Le projet d'article 3 (Arrangements bilatéraux et régionaux) doit être examiné conjointement avec le projet d'article 8 (Obligation générale de coopérer). Les obligations de comportement en question devraient être énoncées de manière plus claire et plus précise. On a signalé par exemple la faiblesse du mot « encouragés » qui figure aux paragraphes 1 et 2 de ces deux dispositions. Il appartiendra donc au Comité de rédaction de revoir le libellé de ces articles sans pour autant élaborer une norme obligatoire, trop rigide. Par ailleurs, M. Rodríguez Cedeño pense que, puisque les obligations juridiques des États ne s'en trouveraient pas modifiées, il serait préférable de parler d'« accords » et non d'« arrangements » comme, par exemple, aux articles 3 et 4 de la Convention de 1997. Le projet d'article 7 (Obligation de ne pas causer de dommage) est acceptable. L'obligation qu'il impose aux États, celle de se consulter au sujet de l'indemnisation, a aussi toute son importance. S'agissant des projets d'articles 8 et 9, M. Rodríguez Cedeño considère que l'obligation de coopérer est l'un des fondements du projet. Il s'agit d'une norme claire et contraignante pour les États, bien que les modalités puissent être flexibles, ainsi qu'il ressort du paragraphe 2 de l'article 8. À cet égard, l'influence de l'article 8 de la Convention de 1997 est tout à fait appropriée. On peut en dire autant de l'obligation d'échanger régulièrement des données et informations, formulée sur le modèle de l'article 9 de la Convention. Enfin, le projet d'article 18 (Assistance scientifique et technique aux États en développement) est d'une importance fondamentale, étant donné que les aquifères constituent une ressource vitale pour la communauté internationale. Il faudrait simplement remplacer le mot « États » par « pays ».

30. M. ECONOMIDES fait observer tout d'abord que la question des aquifères relève beaucoup plus du développement progressif du droit international que de sa codification. Plus exactement, la Commission s'efforce de la traiter par analogie, sur le modèle des dispositions de la Convention de 1997 mais on peut se demander si ce modèle est approprié. En effet, le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux est dominé par une opposition radicale entre les intérêts des pays en amont et ceux des pays en aval, les premiers ayant généralement le pouvoir de polluer un fleuve ou d'en modifier le débit, les seconds étant généralement les victimes. Il n'est pas certain que l'on retrouve le même type d'opposition en ce qui concerne les aquifères, notamment ceux qui ne sont pas reliés aux eaux de surface. Une autre différence réside dans le degré élevé de vulnérabilité des aquifères par rapport aux cours d'eau, qui nécessite d'instaurer un régime de protection accru. Ensuite, les eaux des aquifères ne sont pas « internationales » mais des eaux « transfrontières », et en tant que telles, elles sont régies par le droit international, ce qui leur confère malgré tout un caractère international. Enfin, en ce qui concerne la forme finale du projet, M. Economides pense qu'il serait avisé d'adopter la même démarche que M. Sreenivasa Rao l'année précédente, pour le projet d'instrument sur la responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses[5], c'est-à-dire élaborer en première lecture un simple projet de principes, et si les États lui réservent un accueil favorable, ménager la possibilité de le transformer, en deuxième lecture, en un ensemble de règles de caractère contraignant.

31. Abordant ensuite le projet d'articles lui-même, M. Economides appuie la suggestion du Rapporteur spécial tendant à ce que le préambule soit élaboré ultérieurement. L'alinéa *b* de l'article premier lui pose problème car il aimerait savoir quelles sont les « autres activités » apparemment négatives qui y sont visées; le commentaire n'est pas suffisamment éclairant. La définition qui est donnée de l'« aquifère » dans le projet d'article 2 n'a pas la clarté souhaitée. Elle devrait comprendre deux éléments: premièrement, n'importe quelle formation géologique pourvu qu'elle soit perméable et deuxièmement, l'eau qu'elle contient pourvu qu'elle puisse être utilement utilisée. Le projet d'article 3 devrait être considérablement simplifié. On ne conserverait que les six premières lignes du paragraphe 1, en s'arrêtant avant les mots « sans le consentement exprès », et l'on renverrait le reste, d'application trop difficile, dans le commentaire. Il faudrait par ailleurs employer un terme beaucoup plus fort qu'« encourager ». Le projet d'article 4 devrait être déplacé à la fin du texte, et les arrangements bilatéraux et régionaux visés au projet d'article 3 exclus plus clairement du paragraphe 2.

[5] « Deuxième rapport sur le régime juridique de la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses » in *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/540. Voir également les projets de principes et les commentaires y relatifs, adoptés en première lecture par la Commission, ibid., vol. II (2e partie), chap. VII, sect. C, par. 175 et 176.

S'agissant du projet d'article 5, la notion d'équité peut être dangereuse si elle n'est pas rigoureusement précisée, au moins dans le commentaire. Dans le projet d'article 7, l'adjectif « significatif » doit être supprimé, pour des raisons qui ont déjà été citées et qui tiennent à la vulnérabilité des aquifères. Le paragraphe 2 du projet d'article 8 concernant les mécanismes ou commissions conjoints devrait être sensiblement renforcé et là aussi, le terme « encouragés » est trop faible. Par ailleurs, la suggestion de M. Chee tendant à recommander aux États aquifères de prévoir des mécanismes appropriés pour le règlement des différends éventuels devrait être retenue. M. Economides soutient tout particulièrement le projet d'article 10 concernant la surveillance et souhaiterait comme d'autres membres que le principe de précaution évoqué au projet d'article 14 soit davantage expliqué. S'agissant du projet d'article 18, il est sensible aux arguments développés par M. Pambou-Tchivounda: les dispositions relatives à l'assistance scientifique et technique aux États en développement devraient en effet être formulées de manière plus réaliste.

32. Enfin, en ce qui concerne la suite des travaux, M. Economides est d'avis qu'il ne faudrait pas agir à la hâte mais plutôt faire examiner l'ensemble du projet, article par article, par un groupe de travail avant de le renvoyer au Comité de rédaction.

33. M. DAOUDI dit que le troisième rapport du Rapporteur spécial appelle plusieurs observations de caractère général. Premièrement, sans vouloir remettre en cause la décision de la Commission de ne traiter au premier stade que les eaux souterraines parmi les ressources naturelles partagées, il constate que le projet de convention proposé laisse à penser que chacune de ces ressources ou catégories de ressources fera l'objet d'un instrument distinct. Si tel était le cas, outre que cela ne serait pas conforme au mandat de la Commission tel qu'il est formulé, la question se poserait dès maintenant de savoir comment articuler ce projet de convention avec les éventuels projets qui seraient consacrés aux autres ressources naturelles partagées.

34. Deuxièmement, la pratique des États en matière d'utilisation et de gestion des aquifères communs n'est pas encore arrivée à un stade où il serait possible d'en dégager des normes qui seraient acceptables pour tous les États concernés. Il semble donc que la Commission soit en train de suivre la démarche inverse de celle qu'elle avait adoptée pour la codification du droit fluvial, c'est-à-dire de tenter d'établir un régime international avant de disposer des régimes conventionnels reflétant la pratique étatique. Cela explique peut-être pourquoi le Rapporteur spécial s'inspire si largement de la Convention de 1997 et propose curieusement, au paragraphe 3 du projet d'article 3, d'accorder aux arrangements bilatéraux et régionaux la primauté sur la convention projetée.

35. Troisièmement, la souveraineté exclusive d'un État riverain − qui, dans le contexte actuel, correspondrait à un État de l'aquifère − sur les ressources en eau partagées entre plusieurs États a toujours été contestée du fait que toute revendication d'une telle souveraineté reviendrait à nier les droits des autres États à l'utilisation équitable et raisonnable des ressources en question. La notion de souveraineté n'est d'ailleurs pas évoquée dans la Convention de 1997. En tout état de cause, M. Daoudi juge absolument indispensable d'exclure toute référence dans le projet à la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles.

36. Quatrièmement, la distinction établie dans le projet d'article 5 entre aquifère alimenté et aquifère non alimenté, bien que conjoncturelle, demeure fondamentale. Néanmoins, les eaux des aquifères n'étant pas inépuisables, d'autres critères que l'utilisation équitable et raisonnable doivent être pris en considération, notamment la superficie du territoire, la densité de la population et le niveau de développement.

37. Cinquièmement, l'obligation de ne pas causer de dommage significatif est capitale, mais étant donné que les eaux des aquifères se renouvellent peu ou pas du tout, et qu'elles sont donc plus vulnérables face à la pollution, M. Daoudi juge plus approprié de parler de dommage dans un sens non restrictif et de développer davantage la question de l'indemnisation, comme l'ont suggéré M. Brownlie et d'autres membres.

38. Pour toutes ces raisons, M. Daoudi pense qu'il est préférable de confier le projet à un groupe de travail qui l'examinerait à la lumière de tous les points soulevés au cours du débat.

39. M^me^ ESCARAMEIA considère que les articles 12 et 13 du projet de convention proposé devraient aussi viser les États tiers, à savoir les États où se trouvent les zones de réalimentation ou de déversement, et créer des droits et des obligations pour tout État susceptible d'affecter les aquifères ou d'être affecté par eux. Le Rapporteur spécial dit qu'il serait difficile d'imposer une obligation quelconque aux États qui ne bénéficient pas des aquifères mais c'est là une perspective contractuelle, synallagmatique qui reviendrait à n'imposer aucune obligation de ne pas polluer aux États tiers alors que certains d'entre eux, notamment les États de déversement, peuvent tirer un grand avantage d'un aquifère qui n'est pas situé sur leur territoire.

40. Pour ce qui est de l'article 14, consacré à la prévention, à la réduction et à la maîtrise de la pollution, M^me^ Escarameia dit qu'elle ne reviendra pas sur les préoccupations qu'elle a exprimées concernant l'adjectif « significatifs » qui qualifie les dommages mais elle déplore que la vulnérabilité particulière des eaux souterraines face aux risques de pollution n'ait pas été prise en compte. Les États sont simplement incités à adopter une attitude prudente, ce qui est beaucoup trop faible. Le principe de précaution devrait être inscrit dans le projet d'articles, étant donné que les effets de certaines activités sont méconnus, difficiles à détecter et qu'ils peuvent se faire sentir pendant très longtemps. Il est donc encourageant que M. Pellet ait déclaré que s'il était un instrument où ce principe devrait être consacré, ce serait sans conteste le projet d'articles relatif aux aquifères transfrontières. Le Rapporteur spécial affirme que ce principe n'est pas encore devenu une règle de droit international général, sans toutefois expliquer pourquoi. Or, ce principe est consacré dans de nombreux instruments, notamment

dans la Déclaration de Rio (principe 15)[6], contraignants ou non.

41. Passant à l'article 16, Mme Escarameia considère qu'il faudrait y remplacer l'expression « dans toute la mesure du faisable », qui est beaucoup trop faible, par « toute la mesure possible ». Quant à l'article 17 (Activités projetées), il devrait être beaucoup plus précis. La Convention de 1997, par exemple, consacre neuf articles à de telles activités; cette disposition devrait donc être étoffée. Il est bon par ailleurs qu'une disposition couvrant les situations d'urgence (art. 19) soit proposée: il faudrait inclure aussi dans le projet un article prévoyant la création d'un mécanisme de règlement des différends pour protéger le négociateur le plus faible et maintenir l'équilibre entre les différents États concernés.

42. Enfin, s'agissant de la forme finale que devrait prendre le projet d'articles, Mme Escarameia est favorable à une convention à caractère contraignant plutôt qu'à un protocole à la Convention de 1997, qui met en jeu des questions très différentes et n'est toujours pas entrée en vigueur.

43. M. MANSFIELD, commentant la troisième partie du projet de convention, demande au Rapporteur spécial si et comment le projet d'article 12 s'appliquerait aux aquifères non alimentés. En ce qui concerne le projet d'article 13 et le paragraphe 33 du rapport, tout en notant qu'il est certainement souhaitable de solliciter la coopération d'États tiers en vue de prévenir la pollution des zones de réalimentation et de déversement des aquifères lorsque ces zones sont situées sur leur territoire, il doute que ceux-ci puissent échapper à toute obligation juridique à cet égard. Comme l'a fait observer M. Brownlie dans une situation où ils sauraient ou auraient dû savoir que leur territoire était utilisé pour causer des dommages aux États voisins de l'aquifère, le droit international général entrerait en jeu. Il appartiendra au groupe de travail de décider s'il y a lieu d'énoncer ou du moins d'évoquer ce principe dans cette disposition. Comme les aquifères sont beaucoup plus exposés à la pollution que les cours d'eau et que la prévention est donc impérative, il faudrait peut-être modifier l'ordre de ces articles. Dans le même ordre d'idées, le principe de précaution devrait être davantage mis en avant.

44. Dans son libellé actuel, le projet d'article 15 pourrait décourager les initiatives de gestion coordonnée. Il donne en effet l'impression que si trois ou quatre États se partagent un aquifère, chacun devra établir son propre plan de gestion. Ce n'est que si l'un d'eux demande la tenue de consultations que celles-ci doivent avoir lieu et peuvent, éventuellement, déboucher sur un mécanisme de gestion conjointe. On peut donc présumer que si les consultations n'aboutissent pas, chaque État concerné met à exécution son propre plan de gestion. C'est là une situation qu'il ne faudrait pas encourager. Il serait donc préférable de demander aux États de l'aquifère d'engager des consultations en vue de s'entendre sur un plan de gestion, et peut-être la mise en place d'un mécanisme de gestion. On préciserait ensuite qu'en l'absence d'un tel accord, les États de l'aquifère devraient établir et faire connaître leur propre plan de gestion en insistant sur le fait que leur exécution doit satisfaire aux principes consacrés dans le projet d'articles et tenir compte des intérêts des autres États de l'aquifère comme prévu au projet d'article 17.

45. Les projets d'articles 16 et 17 gagneraient eux aussi à être examinés plus avant par le groupe de travail. M. Mansfield fait observer qu'étant donné l'état du droit international, il serait impensable et certainement inacceptable qu'un État qui aurait des raisons de croire qu'une activité projetée sur son territoire pourrait avoir des effets préjudiciables sur un aquifère se dispense de mener une étude d'impact sur l'environnement. Sur ce plan, le paragraphe 1 de l'article 17 présente une lacune dans la mesure où il semble laisser entendre que les informations qui doivent être fournies aux autres États de l'aquifère au sujet d'une activité susceptible d'avoir des effets négatifs pour eux ne doivent inclure les résultats d'une étude d'impact sur l'environnement que si une telle étude a effectivement été menée.

46. Par ailleurs, dans la dernière phrase du paragraphe 37 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que rien n'empêche un État de mettre ses activités à exécution sans le consentement des autres États mais que la question de la responsabilité peut alors se poser. Il y aurait peut-être lieu de préciser que si un État de l'aquifère n'est pas tenu d'obtenir le consentement des autres États de l'aquifère pour mettre à exécution les activités qu'il projette, le droit international général lui interdit de mener des activités dont il sait ou aurait dû savoir qu'elles causeront des dommages aux autres États de l'aquifère.

47. M. ADDO dit que le sujet étudié par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport est particulièrement important car la solution à la crise de l'eau que connaît la planète pourrait bien se trouver sous la surface de la Terre. Les aquifères, qui peuvent s'étendre sur des milliers de kilomètres, contiennent en effet suffisamment d'eau pour satisfaire les besoins de l'humanité pendant plusieurs décennies. Tout comme les cours d'eau, ils peuvent être partagés par plusieurs États mais on sait bien peu sur la façon dont les aquifères transfrontières fonctionnent. Le projet d'articles élaboré par le Rapporteur spécial viendrait donc combler un vide. Les gouvernements ayant souvent du mal à admettre que d'autres pays partagent les aquifères dont ils dépendent pour s'approvisionner en eau potable et en eau d'irrigation, les aquifères transfrontières sont une source potentielle de conflits, surtout dans les régions arides où la concurrence pour les ressources en eau risque de s'intensifier sous l'effet de la croissance démographique et des changements climatiques. Notant que le projet d'articles ne contient aucune disposition relative au règlement des différends ou à la résolution des conflits, M. Addo se demande si le Rapporteur spécial compte insérer dans le texte une disposition à cet effet ou s'il considère que cet aspect n'est pas important. Enfin, il estime qu'une référence à la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles n'a pas sa place dans le projet d'articles car les aquifères transfrontières sont censés être une ressource partagée et les États de l'aquifère ne peuvent dès lors prétendre à une quelconque souveraineté permanente sur cette ressource naturelle.

[6] *Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement,* Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992 (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.93.I.8 et rectificatifs), vol. I, Résolutions adoptées par la Conférence, résolution 1, annexe I.

48. M. KATEKA note que le projet d'articles repose essentiellement sur la Convention de 1997. Comme l'ont fait observer plusieurs membres de la Commission, cette convention demeure controversée, notamment en ce qui concerne le rôle des accords existants et certains aspects d'une utilisation équitable et raisonnable. Il faudrait se garder de reproduire ces dispositions controversées dans le projet d'articles.

49. Comme on l'a relevé, la pratique des États en matière d'aquifères transfrontières n'est pas très abondante. C'est pourquoi la liste des accords bilatéraux et régionaux et les observations des États sur le sujet à l'examen que le Rapporteur spécial a présentés en même temps que son rapport sont les bienvenus.

50. Le Rapporteur spécial n'a pas voulu préjuger de la forme finale que prendrait le projet d'articles. M. Kateka est, pour sa part, favorable à l'adoption d'un instrument contraignant. Si tel devait être le cas, il faudrait prévoir des dispositions sur le règlement des différends.

51. En ce qui concerne le principe de la souveraineté permanente des États sur leurs ressources naturelles, il devrait être rappelé dans le corps même du texte et non simplement dans le préambule.

52. Sur certaines questions, le Rapporteur spécial a fait preuve d'une trop grande prudence. Ainsi, au paragraphe 1 de l'article 3, il utilise le terme « arrangement bilatéral et régional » au lieu d'« accord ». Or, la compilation d'instruments qu'il a établie renferme un nombre d'accords bilatéraux et régionaux contraignants, dont certains sont déjà en vigueur.

53. Le paragraphe 3 de l'article 3, qui consacre la primauté des accords bilatéraux et régionaux en tant que *lex specialis*, et le paragraphe 1 de l'article 4, selon lequel le projet d'articles l'emporte sur la Convention de 1997, devraient être examinés de près par un groupe de travail. En ce qui concerne les termes « négligeable » et « non négligeable » qui sont utilisés aux alinéas *f* et *e* de l'article 2, ils devraient être soigneusement étudiés. La même observation vaut pour la notion de « dommage significatif » qui figure à l'article 7. Le seuil retenu pour les eaux souterraines devrait être plus bas, en raison de leur plus grande vulnérabilité.

54. Au paragraphe 33 de son rapport, le Rapporteur spécial indique que les trois projets d'articles qui constituent la troisième partie du rapport ne doivent pas être considérés comme des dispositions visant la protection de l'environnement et que l'objectif visé n'est pas de protéger et de préserver les aquifères en tant que tels mais de les protéger et de les préserver de telle manière que l'humanité puisse utiliser les précieuses ressources en eau qu'ils contiennent. Pour M. Kateka, une telle position constitue un empiètement sur les droits souverains des États de l'aquifère. Dans le même paragraphe, tout en notant que les experts des eaux souterraines sont fermement partisans de l'application du principe de précaution, le Rapporteur spécial considère que ce principe n'est pas encore devenu une règle de droit international général. Si tel était le cas, il y aurait certainement lieu de se livrer à un exercice de développement progressif du droit. Mais, en réalité, ce principe est consacré dans de nombreux instruments internationaux, que M. Kateka énumère, et peut donc assurément être inclus dans le projet d'articles.

55. Enfin, M. Kateka exprime l'espoir que la Commission pourra achever la première lecture du projet d'articles sur les eaux souterraines transfrontières avant la fin du quinquennat en cours et se dit favorable à la création d'un groupe de travail pour l'examiner.

56. M. MATHESON rappelle qu'il a déjà plaidé pour le maintien du seuil de dommage significatif et considère, pour les mêmes raisons, qu'il faudrait qualifier le terme « impact » qui figure à l'alinéa *b* de l'article premier « d'impact significatif ». On éviterait ainsi de donner l'impression que des activités agricoles et industrielles importantes qui n'ont qu'un impact négligeable sur les aquifères seraient néanmoins assujetties aux restrictions prévues par les articles en question.

57. En ce qui concerne l'article 3, M. Matheson ne partage pas l'avis des membres qui estiment qu'au lieu d'être « encouragés » à passer entre eux des arrangements bilatéraux ou régionaux, les États devraient être tenus de le faire, car il peut arriver que dans certaines situations, la conclusion d'un arrangement ne soit ni nécessaire ni possible. Tel serait le cas, par exemple, s'il n'existait aucun projet d'exploitation de l'aquifère ou si un conflit armé opposait des États de l'aquifère. Il vaut mieux donc se borner à encourager les États à conclure des arrangements. D'autre part, on ne comprend pas bien si le paragraphe 3 de cet article s'appliquerait aux arrangements existants relatifs à l'utilisation et la protection d'aquifères transfrontières. De l'avis de M. Matheson, ces arrangements ne devraient pas être renégociés puisqu'ils ont été conclus de bonne foi et en fonction des circonstances particulières de l'aquifère en question. On pourrait régler cette question en ajoutant que les articles ne concernent pas les aquifères qui font déjà l'objet d'arrangements entre les États concernés. Il serait également utile de préciser, soit dans le corps du texte soit dans le commentaire, que si aucun arrangement n'a encore été conclu, chaque État de l'aquifère peut néanmoins utiliser l'aquifère en question et mener sur son territoire d'autres activités qui pourraient avoir un impact sur cet aquifère, pour autant qu'il respecte les principes énoncés dans la deuxième partie du projet d'articles.

58. S'agissant de l'article 12, la formulation utilisée concernant la protection de l'écosystème est peut-être trop catégorique eu égard à l'état des connaissances sur les aquifères et leurs effets sur l'écosystème. Il vaudrait mieux indiquer que les États doivent s'employer à prendre toutes les mesures appropriées pour remplir les objectifs énoncés à l'article 12 plutôt que de prévoir une obligation formelle en ce sens.

59. Pour ce qui est de l'article 14, M. Matheson partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le principe de précaution n'est pas encore devenu une règle de droit international général. La formule proposée lui semble un bon moyen d'indiquer que les États devraient faire tout leur possible pour anticiper les risques de pollution et agir promptement pour y remédier.

60. Tout en convenant que les États devraient être encouragés à fournir diverses formes d'assistance aux États en développement pour les aider à protéger et à gérer leur système aquifère, M. Matheson estime que dans son libellé actuel, l'article 18 sur cette question semble imposer à tous les États l'obligation de prêter diverses formes d'assistance, qu'ils ne sont pas nécessairement en mesure de fournir. Il faudrait remanier le texte en conséquence.

61. Enfin, à propos de l'article 21, M. Matheson considère qu'aucun État ne devrait être tenu de fournir des informations vitales pour sa défense ou sa sécurité nationale. À son sens, cette disposition devrait aussi s'appliquer aux secrets industriels et à la propriété intellectuelle, comme le prévoit l'article 14 du projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses[7].

62. En conclusion, M. Matheson dit qu'il souscrit à la proposition de créer un groupe de travail pour examiner plus avant toutes ces questions.

63. Le PRÉSIDENT dit que la richesse du débat sur le rapport du Rapporteur spécial, auquel la plupart des membres de la Commission ont participé, témoigne de l'importance accordée au sujet des ressources naturelles partagées. Il appelle ensuite l'attention de la Commission sur le rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement dont M. Baena Soares a fait partie, intitulé « Un monde plus sûr: notre affaire à tous », dont le quatrième chapitre traite des conflits entre États et des conflits internes[8]. Un lien y est établi entre les conflits armés et la question des ressources naturelles partagées et il est fait mention, en particulier au paragraphe 93, du rôle de la Commission du droit international dans l'élaboration de règles concernant l'utilisation de ressources transfrontières comme l'eau, le pétrole et le gaz.

La séance est levée à 13 heures.

[7] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chap. V., sect. E, par. 98, p. 158.

[8] A/59/565 et Corr.1.

2836e SÉANCE

Mercredi 11 mai 2005, à 10 h 15

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Ressources naturelles partagées (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. B, A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1, A/CN.4/555 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat qui a eu lieu au sujet du troisième rapport sur les ressources naturelles partagées, consacré aux eaux souterraines transfrontières (A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1).

2. M. YAMADA (Rapporteur spécial) remercie sincèrement tous les membres qui ont fait de précieuses observations sur son troisième rapport, et dit qu'il en a pris note attentivement et qu'il en tiendra compte pour la suite de son travail. Compte tenu du nombre de membres qui ont pris la parole, il aura du mal à couvrir tous les points soulevés dans son résumé, et il prie la Commission d'être indulgente s'il n'y parvient pas.

3. Certains membres se sont demandé si le sous-sujet des eaux souterraines transfrontières était mûr pour la codification. Il lui semble toutefois que, puisqu'elle a recommandé le sujet des ressources naturelles partagées à l'Assemblée générale, en 2000, sur la base du programme établi par M. Rosenstock, qui était consacré exclusivement aux eaux souterraines et autres monostructures géologiques telles que le pétrole et le gaz[1], la Commission a jugé que le sujet était bel et bien prêt pour la codification. Il est vrai qu'au début, le Rapporteur spécial a lui-même pensé que la pratique des États et les normes existantes concernant les eaux souterraines étaient rares, et il regrette de l'avoir exprimé à plusieurs reprises dans ses rapports successifs si cela a contribué à créer l'impression erronée qu'il n'y avait pas suffisamment de matière pour un exercice de codification.

4. Les eaux souterraines constituent 97 % des ressources en eau douce de la planète. À l'échelle mondiale, on estimait déjà, au moment de l'établissement du premier rapport[2], qu'elles représentaient plus de 50 % des ressources utilisées pour produire de l'eau potable, 40 % de celles utilisées dans l'industrie et 20 % de celles utilisées pour l'irrigation; ces chiffres ont considérablement augmenté et de nombreuses régions du monde sont actuellement confrontées à des problèmes de surexploitation et de pollution des aquifères. Les experts en eaux souterraines et les gestionnaires font tout leur possible pour remédier à cette situation; cependant, la plupart de ces efforts de coopération en Afrique, aux Amériques et en Europe ont été entrepris depuis 2000. En outre, la majorité des ouvrages, articles et instruments concernant les eaux souterraines ont été rédigés après 1998. Bien que leurs titres ne mentionnent pas nécessairement les eaux souterraines, les instruments figurant dans le «*Shared National Resources: Compilation of international legal instruments on groundwater resources*», distribué par le secrétariat, contiennent tous des références spécifiques aux eaux souterraines, et

[1] Voir *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), annexe, p. 141.

[2] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/533 et Add.1.

ceux élaborés après 1998 leur sont principalement consacrés. Il existe donc de nombreux exemples de pratique étatique, d'arrangements et d'accords datant de ces dernières années sur la base desquels la Commission peut poursuivre ses travaux.

5. M. Brownlie s'est référé aux cours donnés par M. Richard Baxter sur les traités et la coutume, à l'Académie de droit international de La Haye en 1970, dans lesquels Baxter a affirmé que l'ancienneté n'était pas nécessairement un critère pertinent pour déterminer l'existence d'une règle de droit international coutumier[3], citant l'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, selon lequel le fait qu'il ne se soit écoulé qu'un bref laps de temps ne constituait pas nécessairement un empêchement à la formation d'une règle nouvelle de droit international coutumier. M. Baxter a conclu qu'un traité prétendant être totalement déclaratif du droit international coutumier était chose extrêmement rare et qu'aucun des traités dits de codification élaborés sous les auspices de la CDI n'était de cette nature[4].

6. Il est donc tout à fait approprié que la Commission aborde le développement progressif et la codification du droit des eaux souterraines, conformément au mandat que lui a confié l'Assemblée générale. Les eaux souterraines seront l'un des principaux sujets de discussion au quatrième Forum mondial de l'eau, qui aura lieu à Mexico en 2006. Les experts et les gestionnaires attendent beaucoup de la Commission, et si elle ne suit pas le rythme rapide des événements et ne répond pas aux besoins actuels, son utilité et sa crédibilité risquent d'être remises en question.

7. La question de la relation entre le droit international général et le projet d'instrument a également été soulevée; le Rapporteur spécial pense avec M. Kolodkin que selon le droit international, le droit international général s'applique parallèlement à tout instrument élaboré par la Commission. Il reconnaît toutefois qu'il y a déjà eu des références spécifiques au droit international général dans des instruments précédemment élaborés par la Commission, notamment dans le cinquième paragraphe du préambule de la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, dans des paragraphes similaires du préambule des Conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et de 1963 sur les relations consulaires ainsi qu'à l'article 56 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[5]. Si la Commission souhaite ajouter une référence analogue affirmant que les règles du droit international coutumier continuent de régir les questions qui ne sont pas couvertes par la présente convention, le Rapporteur spécial n'émettra aucune objection.

8. Il y a également eu des observations concernant l'inclusion de la question de la souveraineté sur les ressources naturelles; plusieurs membres ont estimé que cette question devait être évoquée dans un article plutôt que dans le préambule, tandis que deux autres ont pensé qu'il serait préférable de ne pas la mentionner du tout. Le Rapporteur spécial l'avait initialement incluse dans le préambule, compte tenu des précédents figurant dans la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation de 1997, la Convention de Vienne pour la protection de la couche d'ozone de 1985, la Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques de 1992 et la Convention sur la diversité biologique de 1992. Cependant, il a depuis lors découvert que la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer contenait un article spécifique sur la souveraineté (art. 193). Il examinera donc cette question plus en détail avant de prendre une décision.

9. Certains membres ont suggéré d'intégrer des dispositions plus vastes concernant les États tiers; à l'heure actuelle, seul le paragraphe 3 du projet d'article 13, qui parle d'États autres que les États de l'aquifère sur le territoire desquels sont situées des zones de réalimentation ou de déversement, mentionne les États tiers, et il ne leur impose aucune obligation. Le Rapporteur spécial a estimé que c'était tout ce que l'on pouvait faire au sujet des États tiers. Il est très probable que seuls les États qui ont un aquifère deviendront parties à la convention; la plupart de ceux qui n'ont pas d'aquifère transfrontière n'y adhéreront pas, auquel cas les articles 34 à 38 de la section 4 de la Convention de Vienne de 1969 s'appliqueront. La Commission ne peut créer des obligations ni des droits pour les États tiers sans leur consentement; si elle souhaite que des États qui n'ont pas d'aquifère adhèrent à la convention, elle devra trouver des moyens de les y inciter, et il est très peu probable que les États qui ont un aquifère soient disposés à offrir ce type d'incitations aux États tiers. Une telle tentative pourrait aussi avoir des conséquences graves: le Rapporteur spécial se demande comment la Commission peut justifier le fait de demander à des États qui n'ont pas d'aquifère d'accepter une obligation en vue de préserver les aquifères transfrontières d'autres États. Si la justification est que les aquifères transfrontières sont extrêmement importants pour l'humanité, on peut se demander pourquoi le même critère ne serait pas retenu pour les aquifères nationaux. Si ces derniers sont également inclus, alors la Commission sera quasiment sur le point d'affirmer que ces aquifères sont l'héritage commun de l'humanité.

10. S'agissant du projet d'article 7, certains membres souhaiteraient que l'on retienne le seuil de dommage «significatif» tandis que d'autres s'y opposent. En réponse à l'observation de M^me^ Xue, le Rapporteur spécial fait observer que ce projet d'article ne traite pas la question de la responsabilité d'un État; dans le cas de la responsabilité de l'État, un acte internationalement illicite a été commis qui engage cette responsabilité et tout dommage causé par l'acte illicite doit être pleinement réparé. Cependant, les activités visées dans le projet d'article 7 ne sont pas interdites par le droit international ni essentielles à la survie humaine. Même si elles ont un impact négatif sur d'autres États, celui-ci doit être toléré dans une certaine mesure; c'est pourquoi la Commission a établi un seuil de tolérance. Le fait de ne pas autoriser ce niveau de tolérance reviendrait à interdire toute utilisation des aquifères. Le projet d'article 7 se réfère au cas typique d'une responsabilité internationale découlant d'actes qui ne sont

[3] «Treaties and Custom», *Recueil des cours de l'Académie de droit international, 1970-I*, vol. 129, Leyde, Sijthoff, 1971, p. 41 à 47.

[4] Baxter, loc. cit., p. 42.

[5] *Annuaire… 2001*, vol. II (2^e^ partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 31 et 151.

pas interdits par le droit international (*liability*). Le paragraphe 1 concerne l'obligation de prévenir tout dommage significatif et le paragraphe 3 l'éventualité qu'un dommage significatif soit causé malgré l'exécution de l'obligation de prévention énoncée au paragraphe 1. Même lorsque toutes les mesures appropriées ont été prises et qu'une diligence raisonnable a été exercée, un dommage transfrontière peut malgré tout se produire parce que les risques inhérents à ces activités ne peuvent pas être entièrement éliminés; néanmoins, aucun acte internationalement illicite n'aura été commis.

11. Le Rapporteur spécial n'a pas réussi à dissuader la Commission d'examiner la question de la forme finale des travaux. Il souhaitait simplement éviter un débat quelque peu théologique. Il est pleinement conscient que le contenu et la forme de l'instrument sont liés et que la Commission devra tôt ou tard faire un choix.

12. Quant à la relation entre le sujet à l'examen et d'éventuels travaux futurs sur d'autres ressources naturelles dans le cadre plus vaste du sujet des ressources naturelles partagées, le Rapporteur spécial réaffirme que le programme établi par M. Rosenstock a jeté des bases du sujet et que pour la plupart, il était entendu qu'il couvrirait au moins les eaux souterraines, le pétrole et le gaz (voir paragraphe 3, *supra*). Il a toutefois pour mission de procéder par étapes et, pour le moment, de se concentrer sur les eaux souterraines. Il ne sait pas si la Commission traitera du pétrole et du gaz ni, dans l'affirmative, à quel moment elle le fera. Cependant, les eaux souterraines, le pétrole et le gaz présentent de nombreuses caractéristiques communes; nombre des mesures concernant les eaux souterraines auront des incidences sur le pétrole et le gaz; réciproquement, la pratique des États et les normes qui prévalent à l'heure actuelle en ce qui concerne le pétrole et le gaz ont des incidences sur les travaux que la Commission consacre aux eaux souterraines. Il convient d'accorder à cette question toute l'attention voulue avant d'achever l'examen du projet d'articles en deuxième lecture.

13. Abordant des suggestions et des questions plus spécifiques en rapport avec les différents projets d'articles, le Rapporteur spécial reconnaît que son rapport comporte des lacunes et, notamment, que son raisonnement n'est pas suffisamment expliqué. Par ailleurs, il a délibérément employé divers termes tels que « dommage », « impact » et « effets négatifs » pour tenter d'exprimer des notions similaires mais quelque peu différentes. Il s'efforcera de fournir des explications plus détaillées dans les commentaires et souligne qu'il est disposé à modifier sa position en fonction des souhaits de la Commission.

14. Certains membres ont exprimé des doutes au sujet du paragraphe *b*) du projet d'article premier, qui vise les « autres activités ». Il s'agit d'un nouvel élément qui ne figure pas dans la Convention de 1997 et, à ce propos, le Rapporteur spécial renvoie les membres à la figure 3 présentée dans son premier rapport[6], qui montre les activités autres que la simple utilisation de l'aquifère qui provoquent une pollution; il s'agit notamment de l'utilisation d'engrais chimiques, du déversement de déchets, du traitement local des eaux usées et du stockage souterrain. Il est essentiel de réglementer ces activités pour une gestion correcte des aquifères et, de fait, les experts en eaux souterraines et les gestionnaires se penchent actuellement sur la question.

15. Il a été demandé si la définition de l'« aquifère », figurant à l'alinéa *a* du projet d'article 2, devait contenir les mots « superposée à une couche moins perméable ». La réponse est oui: sans cette couche, une formation géologique ne peut pas fonctionner comme une réserve d'eau. Le Rapporteur spécial s'efforcera de fournir des exemples appropriés pour clarifier la définition. Quant à la nécessité de définir les aquifères alimentés et les aquifères non alimentés, dans les alinéas *e* et *f* du projet d'article 2, cela dépendra de si la Commission élabore des règles différentes pour les ressources en eau renouvelables et les ressources en eau non renouvelables. S'agissant de la question posée à propos du volume d'eau « contemporaine », le Rapporteur spécial se demande si le problème vient de l'adjectif anglais « *contemporary* » ou d'une divergence entre les versions anglaise et française. On peut trouver un exemple d'installation d'alimentation artificielle dans l'aquifère franco-suisse genevois[7].

16. En ce qui concerne le projet d'article 3 sur les arrangements bilatéraux et régionaux, le point le plus épineux pendant la négociation de la Convention de 1997 a été le traitement des accords existants sur les cours d'eau. Cependant, il ne semble pas qu'il y ait beaucoup d'accords de ce type concernant les eaux souterraines, et le Rapporteur spécial a décidé de ne pas inclure le paragraphe correspondant de la Convention de 1997. Bien qu'il ait été suggéré de remplacer le terme « arrangement » par « accord », il estime que le premier reflète mieux l'état actuel des choses. Par ailleurs, il a été suggéré qu'une formule telle que « les États de l'aquifère sont encouragés » [à passer entre eux un arrangement bilatéral ou régional] était trop faible; de l'avis du Rapporteur spécial, elle est en fait beaucoup plus forte que le verbe « peuvent » figurant dans la Convention de 1997. Il a également été suggéré que l'alinéa *c* du paragraphe 1 du projet d'article 6 mette l'accent sur l'utilisation de l'eau pour la boisson; le Rapporteur spécial pense toutefois qu'il serait plus approprié d'incorporer cette idée dans le projet d'article 11. Il réexaminera cette proposition.

17. En ce qui concerne les observations sur l'absence de dispositions relatives à l'organisation administrative des eaux souterraines transfrontières, le Rapporteur spécial fait observer qu'il existe une longue histoire de coopération internationale dans le domaine des fleuves internationaux; de fait, les commissions des fleuves internationaux ont été les ancêtres des organisations internationales. Dans le cas des eaux souterraines, cependant, seule la Commission d'exploitation de la nappe souterraine du Genevois peut être considérée comme une organisation internationale pleinement opérationnelle. On constate l'apparition de divers arrangements organisationnels de coopération,

[6] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/533 et Add.1.

[7] La station de réalimentation est prévue à l'article 3 de l'Arrangement relatif à la protection, à l'utilisation et à la réalimentation de la nappe souterraine franco-suisse du Genevois, voir *Annuaire… 2004,* vol. II (1re partie), deuxième rapport du Rapporteur spécial, document A/CN.4/539 et Add.1, annexe IV, sect. C, par. 13.

mais il s'agit encore d'entités vagues; c'est pourquoi le Rapporteur spécial a inclus le paragraphe 2 du projet d'article 8, qui recommande la création de mécanismes ou commissions conjoints.

18. De nombreux membres ont suggéré d'inclure une disposition sur le règlement des différends semblable à l'article 33 de la Convention de 1997. Le Rapporteur spécial n'y voit aucune objection, mais il n'a pas reproduit cet article parce qu'il le considère comme un simple ornement sans utilité concrète puisqu'il ne prévoit pas de compétence obligatoire. Un différend sera réglé de manière plus appropriée dans le contexte des arrangements bilatéraux et régionaux qui régissent les relations entre les parties au différend. De l'avis du Rapporteur spécial, l'unique disposition importante dans l'article 33 concerne l'obligation de soumettre le différend à une enquête impartiale, énoncée au paragraphe 3; c'est pourquoi il a intégré cette notion au paragraphe 2 du projet d'article 17 consacré au règlement d'un désaccord sur les effets des activités projetées.

19. De nombreux membres ont dit que la quatrième partie sur les activités touchant d'autres États était trop simple par rapport à la troisième partie de la Convention de 1997 consacrée aux mesures planifiées. Le Rapporteur spécial pense tout simplement que rien ne permet d'affirmer qu'il existe des règles coutumières qui permettraient d'élaborer des dispositions de procédure détaillées pour les eaux souterraines; il est toutefois disposé à examiner toute amélioration que l'on pourrait lui suggérer.

20. De nombreux membres ont également avancé des arguments pour ou contre l'inclusion du principe de précaution. Bien que certains instruments juridiquement contraignants incorporent ce principe, le Rapporteur spécial ne croit pas que ce type de disposition soit déclaratoire du droit international coutumier ou constitutive d'un nouveau droit international coutumier. En tout état de cause, le principe de précaution est une notion abstraite et la Commission devra définir les mesures à appliquer pour gérer les aquifères conformément à cette notion. Il continuera à rechercher une formulation appropriée et accueillera avec intérêt toute orientation fournie par la Commission.

21. L'avis général est apparemment qu'un groupe de travail sur la question des eaux souterraines transfrontières devrait être constitué. Le Rapporteur spécial espère qu'un tel groupe pourra se réunir vers la fin de la première partie de la session en cours, puis au début de la seconde partie. Il tâchera d'établir un document de travail à son intention et contactera les membres pour s'enquérir de leurs propositions concernant les projets d'articles.

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) [A/CN.4/552 et A/CN.4/550 et Corr.1 et 2]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

22. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il a l'impression qu'à la séance précédente M. Gaja a laissé entendre, peut-être sans le vouloir, que sa présentation de la pratique des États était inadéquate. Il tient à souligner que son rapport a été établi, non pas à l'avance, comme cela a été dit, mais pendant le temps dont il pouvait disposer compte tenu de ses autres engagements professionnels. Il a lui-même recensé soigneusement la pratique actuelle des États, en utilisant sa propre collection très complète de droit international accumulée pendant plus d'un demi-siècle de pratique, ainsi que les ressources du All Souls College d'Oxford. On trouve aux paragraphes 66 à 107 de son rapport, quasiment à chaque page, de nombreuses références bien documentées à la pratique des États. Il espère que l'on ne fera plus, désormais, des déclarations aussi préjudiciables sur le plan professionnel.

23. Cela dit, il remercie M. Gaja et d'autres membres de la Commission pour les observations qu'ils ont faites sur des points de droit, auxquelles il répondra, comme il convient, dans ses conclusions.

24. M. GAJA dit qu'il regrette tout malentendu que ses observations ont pu susciter. En faisant remarquer que le Rapporteur spécial avait présenté son rapport tôt, il souhaitait lui faire un compliment, et certainement pas sous-entendre qu'il n'avait pas effectué les recherches nécessaires sur la pratique actuelle des États. M. Brownlie travaille sur cette question depuis de nombreuses années; c'est lui qui a suggéré à la Commission d'aborder le sujet et il est tout à fait naturel qu'il ait été désigné Rapporteur spécial. M. Gaja souhaitait simplement exprimer l'avis que le Rapporteur spécial aurait pu faire un examen plus approfondi des liens entre la pratique actuelle des États et le projet d'articles proposé. Il espère que l'interprétation apparemment erronée de ses observations ne gâtera pas les relations de travail qu'il a établies avec le Rapporteur spécial il y a de nombreuses années et qu'il juge agréables et fructueuses.

25. M. ECONOMIDES dit que, compte tenu du caractère difficile et délicat du sujet des effets des conflits armés sur les traités, la Commission devrait commencer par un débat général sur la façon dont le sujet doit être traité, les principes sur lesquels elle doit s'appuyer pour prendre ses décisions et la structure qui serait appropriée. Elle doit saisir toutes les occasions de réaliser un travail utile et constructif dans l'intérêt des États et de la communauté internationale dans son ensemble, et le sujet à l'examen lui en fournit justement une puisqu'il lui permet de plaider contre les conflits armés et pour le maintien en vigueur des traités internationaux.

26. M. Economides approuve la conclusion formulée dans l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2), selon laquelle «on gagnerait dans le principe à essayer de mettre les traités à l'abri des conflits armés…» (par. 163). Il lui semble que, dans son rapport, le Rapporteur spécial n'a pas suffisamment tenu compte de la Charte des Nations Unies qui, en son Article 2, demande aux Membres de l'Organisation de régler leurs différends internationaux par des moyens pacifiques et de s'abstenir de recourir à la menace ou à l'emploi de la force, soit contre l'intégrité territoriale ou l'indépendance politique de tout État, soit de toute autre manière incompatible avec les buts des Nations Unies. Le principe de l'interdiction du recours à la menace ou à l'emploi de la force, sur lequel reposent les efforts de l'ONU pour maintenir la

paix et la sécurité internationales, ne doit pas être ignoré dans le projet d'articles.

27. Le texte doit prendre pour point de départ le fait objectif que les actes d'agression sont illicites: en particulier, l'État agresseur ne doit pas être placé sur le même plan qu'un État qui exerce son droit de légitime défense individuelle ou collective. À ce propos, le texte devrait s'inspirer des articles 7 et 9 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international[8]. L'Institut a établi une distinction judicieuse entre un État qui exerce son droit de légitime défense et un État agresseur, en disposant ce qui suit: « Un État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit, sous réserve des conséquences pouvant résulter du fait que cet État serait ultérieurement désigné comme agresseur par le Conseil de sécurité » (art. 7). Le dernier membre de phrase de cet article, à partir de « sous réserve des conséquences », peut toutefois être supprimé, puisque le Conseil de sécurité est censé savoir à tout moment si un État a commis un acte d'agression. En fait, en vertu de l'Article 51 de la Charte, la légitime défense est une mesure temporaire qui peut être prise jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales, et le Conseil de sécurité a expressément reçu la responsabilité « d'agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

28. À l'article 9 de sa résolution d'Helsinki, l'Institut de droit international dispose ce qui suit: « Un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, ni d'en suspendre l'application, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage. » Le dernier membre de phrase de cet article, à partir de « si une telle mesure devait avoir pour effet », doit être remanié ou supprimé dans le texte que la Commission doit élaborer.

29. Le projet d'articles devrait être construit sur la base de ces deux dispositions que, malheureusement, le Rapporteur spécial n'a pas jugé bon d'intégrer.

30. Tel que proposé par le Rapporteur spécial, le projet d'article 4 fait de l'intention des parties à un traité au moment où il a été conclu le principal critère d'extinction ou de suspension du traité en cas de conflit armé. Sur ce point, le Rapporteur spécial approuve les observations faites par M. Gaja à la séance précédente. Bien que ce critère ait eu la priorité entre les deux guerres mondiales − par exemple, dans les travaux de M. Constantin Eustathiades, éminent expert grec du droit de la guerre et ancien membre de la Commission − il a quasiment perdu toute importance depuis l'entrée en vigueur de la Charte des Nations Unies, sauf dans certains types de traités tels que ceux liés au droit humanitaire international, et il n'est plus mentionné dans les instruments internationaux.

31. L'une des premières dispositions que la Commission doit examiner devrait être celle qui figure actuellement au projet d'article 3, alinéa *b*, selon laquelle le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application entre une ou plusieurs parties au conflit armé et un État tiers. Il faudrait également préciser que le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités entre les parties au conflit armé. Cependant, la suspension de l'application des traités entre les parties à un conflit armé devrait être abordée séparément, sur la base des deux articles de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international qui ont déjà été mentionnés (par. 27, *supra*).

32. Il est également impératif que le projet d'articles dispose expressément que tous les traités spécifiquement liés aux conflits armés et au droit humanitaire international au sens large des deux expressions doivent être applicables, pour des raisons humanitaires, aux conflits armés visés dans le projet. Il en va de même pour les accords militaires (*pacta bellica*) conclus pendant le conflit.

33. Le projet d'articles doit comprendre une disposition semblable à celle proposée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 7, énumérant tous les traités qui ne peuvent être suspendus par un État exerçant son droit de légitime défense. Au minimum, la liste devrait contenir les traités ci-après: traités créant ou réglementant un régime ou un statut permanent, traités pour la protection des droits de l'homme, traités relatifs à l'immunité diplomatique et consulaire, traités relatifs à la protection de l'environnement, traités normatifs et traités relatifs au règlement des différends. Il faudrait aussi prévoir une disposition selon laquelle la suspension de l'application des traités doit être levée dès que possible après la fin d'un conflit.

34. Enfin, la Commission devrait envisager d'intégrer une disposition s'inspirant de l'article 8 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international, qui se lit comme suit: « Un État qui se conforme à une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies concernant une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression mettra fin à tout traité qui serait incompatible avec une telle résolution, ou en suspendra l'application. » Une telle disposition renforcerait le système onusien de sécurité collective.

35. M. PELLET regrette que la très utile étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2) soit essentiellement axée sur la littérature anglophone concernant la pratique et la doctrine liées aux effets des conflits armés sur les traités; sur ce point, il est reconnaissant au Rapporteur spécial d'avoir présenté un panorama plus étendu. S'écartant de l'habitude, ce premier rapport présenté à la Commission n'est pas vraiment un rapport « préliminaire », en ce sens qu'il propose un ensemble complet de projets d'articles. Ceci a l'avantage de susciter la discussion et de permettre aux membres et aux États de voir d'emblée ce que le Rapporteur spécial a en tête. L'inconvénient est que le lecteur se sent un peu enfermé dans une perspective unique, et souvent sans avoir tous les éléments qui lui permettraient d'émettre un jugement en connaissance de cause, même si le Rapporteur spécial fournit quelques

[8] *Annuaire*, vol. 61, t. 2 (session d'Helsinki, 1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283.

informations de base dans le commentaire relatif à certains projets d'articles, en particulier le projet d'article 4. Dans ces conditions, il serait prématuré d'entrer dans une discussion détaillée des divers projets d'articles qui, pris individuellement, posent presque tous des problèmes, à l'exception du projet d'article 5. Pour cette raison, il ne serait pas approprié, à ce stade, d'envisager de renvoyer les projets d'articles au Comité de rédaction. D'ailleurs, comme le Rapporteur spécial lui-même l'indique au paragraphe 13 du rapport, on peut s'attendre à ce que les projets d'articles suscitent des observations des gouvernements, y compris des informations sur la pratique des États, qui permettront à la Commission de mieux accomplir sa mission, à savoir éclaircir le droit.

36. M. Pellet fait cinq remarques d'ordre général. Premièrement, à la lecture du rapport, il a souvent ressenti une frustration face à l'affirmation répétée qu'un point ou un autre était « évident » alors qu'il aurait personnellement souhaité disposer de plus d'informations pour tirer ses propres conclusions. Par exemple, le paragraphe 5 présente quatre théories générales très différentes qui expliquent le régime juridique. La première, selon laquelle par sa nature même, la guerre implique l'annulation de tous les traités, peut être écartée d'emblée, car elle ne correspond tout simplement pas à la réalité. Parmi les trois autres théories, seule la troisième trouve grâce aux yeux du Rapporteur spécial: selon laquelle le critère est l'intention des parties au moment où elles ont conclu le traité. C'est également l'unique théorie dont la validité est défendue dans le commentaire relatif au projet d'article 4 (par. 29 à 35). Les deux autres sont écartées sans autre forme de procès au motif que « le raisonnement qui les sous-tend n'est guère sophistiqué et assez incohérent » et que « ces généralisations tendent à être préjuridiques et pleines d'ambiguïtés » (par. 6). Or, M. Pellet ne voit rien d'absurde au sujet du critère de la « compatibilité avec les buts de la guerre ou l'état des hostilités » (par. 5 *b*). En fait, ce critère est reflété dans plusieurs des projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial. En outre, il est fortement enclin à approuver l'idée de M. Economides selon laquelle le principe de l'interdiction du recours à la force armée, que le Rapporteur spécial a écarté sans l'examiner véritablement, a un rôle très important à jouer dans le projet d'articles.

37. De même, M. Pellet est surpris par le rejet catégorique, au paragraphe 40 du rapport, de ce que le Rapporteur spécial nomme la « thèse extrajuridique ». Il n'est d'ailleurs pas certain que le Rapporteur spécial ait correctement interprété ce qu'il a lui-même écrit à ce sujet. Il est évident que la guerre n'est pas en elle-même un phénomène juridique, en ce sens qu'elle n'a pas pour objet délibéré de produire des effets juridiques; mais il est tout aussi évident qu'elle produit ce type d'effets. C'est toute la différence entre un acte juridique destiné à produire des effets juridiques et un fait juridique qui produit des effets de droit alors qu'il n'y vise pas. Contrairement au Rapporteur spécial, M. Pellet ne voit pas de « contradiction majeure » dans cette distinction, et l'objet même du sujet lui paraît être de déterminer quelles sont les conséquences juridiques pour les traités en vigueur de faits tels que les conflits armés, qui sont de par leur nature même extrajuridiques.

38. M. Pellet ne voit pas non plus pourquoi il est « évident » que c'est le principe de l'intention qui déterminera toutes les incidences juridiques d'un traité (par. 48). Certes, l'intention, ou plutôt le consentement à être lié, est le principe de base qui régit le droit des traités − le principe *pacta sunt servanda* énoncé à l'article 26 de la Convention de Vienne de 1969 (par. 47). Cependant, les causes de nullité d'un traité énumérées aux articles 46 à 53 de la Convention de Vienne ne sont pas toutes liées au consentement ou à l'intention. En outre, il est au moins possible d'établir une analogie entre les conflits armés et la « survenance d'une situation rendant l'exécution [du traité] impossible » (art. 61 de la Convention de Vienne) ou avec un « changement fondamental de circonstances » (art. 62). Bien que le Secrétariat ait évoqué cette question centrale dans son étude, le Rapporteur spécial n'a pas pris position à ce sujet dans son rapport.

39. On doit également se demander, comme l'a fait le Secrétariat dans son étude, quelles sont les relations entre les circonstances excluant l'illicéité, en particulier la force majeure (A/CN.4/550, par. 127 à 135), et le sujet à l'examen. Le droit de la responsabilité et le droit des traités constituent deux corpus de règles distincts dont les rapports complexes ont été mis en évidence, notamment, dans l'arbitrage *Rainbow Warrior* et l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*. L'existence des deux corpus de règles est peut-être la raison pour laquelle le Rapporteur spécial, au paragraphe 10 de son rapport, indique que l'approche adoptée dans le droit des traités est la seule appropriée pour le sujet. Cependant, une explication détaillée sur ce point n'aurait pas été superflue. Même si l'on établit, pour des raisons académiques ou théoriques, une distinction entre les deux corpus de règles, cela ne doit pas empêcher la Commission d'envisager les rapports entre le sujet et le droit de la responsabilité, ne fût-ce qu'à titre d'éclairage utile.

40. Enfin, le dernier motif de la perplexité que M. Pellet a éprouvé à la lecture du rapport figure au paragraphe 50, selon lequel « à l'évidence » la distinction entre les relations entre les parties au conflit armé et les relations entre ces parties et des États tiers ou entre de tels États est importante, mais uniquement dans le cadre du critère de l'intention. En l'absence de toute explication, il doit reconnaître qu'il ne comprend pas vraiment le raisonnement qui sous-tend cette affirmation. Il lui semble que la distinction entre les parties à un conflit et les tierces parties est importante tant du point de vue de la nature du traité que de celui de la nature du conflit.

41. De crainte que ses propos ne soient mal interprétés, M. Pellet souligne qu'il n'est pas fondamentalement hostile au critère de l'intention mais que les autres théories ne doivent pas être écartées d'un revers de main sans avoir été sérieusement examinées. L'intention n'est pas l'unique critère et le Rapporteur spécial lui-même semble être d'accord, au fond, puisque le projet d'article 7 ne repose pas sur l'intention des parties mais sur l'objet et le but des différents types de traités cités.

42. M. Pellet en vient à sa deuxième remarque générale, relative au critère de l'intention qui est central dans le projet d'articles. Il n'a pas d'opinion très arrêtée sur l'intérêt qu'il y a à en faire le critère central, mais il est

fermement convaincu qu'aucun critère ne doit être exclusif. Il est troublé par la manière dont le critère de l'intention est utilisé dans le projet d'articles. Au paragraphe 47 du rapport, le Rapporteur spécial affirme que «le principe de l'intention sert la certitude juridique». Ce n'est pas du tout évident, pour deux raisons. En premier lieu, il est loin d'être facile de déterminer l'intention des parties à un traité. En deuxième lieu, cela résulte du fait qu'en règle générale les parties n'ont pas d'intention du tout: elles n'envisagent simplement pas l'hypothèse de la survenance d'un conflit armé, que ce soit entre elles, entre des tiers ou, s'agissant des conflits internes, sur le territoire de l'une d'elles.

43. Il peut bien sûr arriver que les États songent à l'éventualité d'un conflit armé. C'est évidemment le cas pour les traités expressément applicables en cas de conflit armé, mentionnés à l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 7, ainsi que des traités mentionnés au paragraphe 1 du projet d'article 5. Cependant, si l'on excepte les situations décrites dans ces deux dispositions, les États n'ont généralement pas d'intention en ce qui concerne les effets possibles du déclenchement d'un conflit armé sur leurs relations conventionnelles. Dans la plupart des cas, ils concluent des traités en postulant qu'ils demeureront en paix. Dès lors, leurs intentions sont moins pertinentes que l'objet et le but du traité qu'ils ont conclu. On peut considérer que l'objet et le but du traité traduisent leurs intentions implicites, mais il s'agit là d'une construction intellectuelle plutôt artificielle et il serait plus compréhensible et plus clair de dire carrément qu'en l'absence d'intention expresse c'est l'objet et le but du traité qui constituent la directive générale.

44. Au paragraphe 2 du projet d'article 4 et au paragraphe 2 du projet d'article 9, le Rapporteur spécial suggère que pour déterminer la prédisposition d'un traité à l'extinction ou à la suspension de son application en cas de conflit armé, ou à la reprise de son application s'il a déjà été suspendu, il faut déterminer l'intention des parties au traité conformément aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, concernant l'interprétation des traités, d'une part, et à la nature et l'ampleur du conflit armé en question, d'autre part. Il s'agit toutefois de deux critères très différents et le second, à savoir la nature et l'ampleur du conflit armé, n'a rien à voir avec l'intention des parties. Il semble étrange de se référer aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 pour déterminer l'intention des parties à un traité. Au contraire, dans le cas de l'article 31, c'est l'intention des parties, telle que la reflètent l'objet et le but du traité, et dans le cas de l'article 32, les travaux préparatoires, qui permettent d'interpréter le traité. La référence aux articles 31 et 32 représente un raisonnement en cercle: pour déterminer l'intention des parties, on doit se fonder sur l'intention des parties.

45. La troisième remarque générale de M. Pellet concerne le champ d'application du projet d'articles, mais elle va au-delà du projet d'article premier, intitulé «Champ d'application», qui ne fait que reprendre le titre du sujet sans indiquer clairement quel est ce champ d'application. Le premier problème est la question de savoir si le projet ne concerne que les traités qui sont déjà en vigueur ou également ceux qui ont été signés mais ne sont pas encore entrés en vigueur. Dans la seconde hypothèse, il faut distinguer entre les États contractants au sens de l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969 et ceux qui ne le sont pas. Ces questions doivent être abordées dans le projet.

46. Il se pose parallèlement la question de savoir si le projet couvre la compétence pour conclure un traité. Le paragraphe 2 du projet d'article 5 semble indiquer que tel est le cas, même si cette indication est fournie à un endroit étrange: on voit mal comment le paragraphe 2 peut faire suite au paragraphe 1 ou en découler. La question de savoir si la guerre a un impact sur la compétence des États pour conclure des traités doit être traitée dans le projet.

47. Un autre problème lié au champ d'application concerne la définition même du conflit armé. Dans le principe, M. Pellet est favorable à une définition large, du type de celle qui est proposée à l'alinéa *b* du projet d'article 2. Cependant, il faudrait dire expressément que le projet d'articles vise aussi bien les conflits internes que les conflits internationaux, avis que le Rapporteur spécial − qui a noté que la distinction entre les deux n'est pas toujours claire − semble partager, même s'il ne l'a pas exprimé dans le projet. En outre, M. Pellet lui-même n'est pas certain que les effets des conflits armés nationaux et internationaux soient forcément les mêmes dans tous les cas, et il regrette que cette distinction ne soit apparemment plus évoquée par la suite.

48. Au paragraphe 16, le Rapporteur spécial affirme que la définition du conflit armé couvre le blocus, même en l'absence d'opérations militaires. Il est difficile de concilier cette approche avec la mention expresse des opérations armées qui figure à l'alinéa *b* du projet d'article 2. En outre, cette mention semble laisser planer une certaine ambiguïté quant à la question de savoir si des situations infiniment plus importantes dans le monde actuel que le blocus sont couvertes par le projet d'articles. On peut penser en particulier au conflit israélo-arabe. Les États, et pas uniquement ceux qui sont directement concernés, ont besoin de savoir si le projet d'articles s'applique à ce type de conflit armé.

49. Le dernier problème concernant le champ d'application est l'absence de réponses à un certain nombre de questions fondamentales. Le projet d'article 10, intitulé «Licéité du comportement des parties», indique que la conséquence − dans la version française, il faudrait parler des conséquences − de l'extinction d'un traité ou de la suspension de son application «n'est pas affectée par la licéité du comportement des parties au conflit armé au regard des principes du droit international général» − on suppose qu'il s'agit à la fois des principes du *jus in bello* et du *jus ad bellum* − «ou des dispositions de la Charte des Nations Unies». En 2005, il est difficile de ne pas se demander si la licéité du comportement des parties ne joue pas un rôle, très probablement fondamental, dans le sort des traités concernés. C'est précisément à cause de ce problème épineux qu'en 1962 la Commission a décidé de ne pas s'occuper du sujet[9]. Le projet d'articles serait beaucoup plus utile et intéressant s'il traitait ces questions épineuses. À ce propos, M. Pellet partage pleinement l'avis

[9] Voir *Annuaire… 1963*, vol. II, document A/5509, par. 14, p. 197.

de M. Economides: en 2005, on ne peut guère se comporter comme si le droit de la guerre n'avait subi absolument aucun changement. La question de la licéité du comportement doit être l'un des principaux éléments du projet et non pas être laissée simplement de côté en incluant une clause « sans préjudice » au projet d'article 11. En tout état de cause, il serait utile de savoir ce que les États ont à dire sur ces questions, et une demande expresse dans ce sens devrait être faite au chapitre III du rapport de la Commission, consacré aux points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes.

50. Sont également omis les traités conclus par des organisations internationales. Or, les traités d'intégration, qu'il s'agisse de l'Union européenne ou du MERCOSUR, ne peuvent pas être entièrement ignorés.

51. La quatrième remarque générale de M. Pellet est que le projet d'articles ne distingue pas suffisamment entre des situations différentes dont les effets juridiques sont très différents. Il aurait par exemple été utile d'établir une distinction entre les conflits armés internationaux et les conflits armés internes, entre les États parties à un conflit armé international et les États tiers ou, plus spécifiquement, les États neutres, entre les États qui sont parties à un traité et les États qui ne le sont pas mais sont parties au conflit, entre les États parties et les États contractants qui n'ont pas ratifié le traité, entre les cas où un traité est éteint à cause d'un conflit armé et ceux où son application est simplement suspendue, entre les effets d'un conflit armé sur les dispositions d'un traité qui ont déjà été appliquées ou sont en train d'être appliquées et celles qui ne l'ont pas encore été et entre les effets d'un conflit armé sur, d'une part, les dispositions de fond et, d'autre part, les clauses finales ou procédurales.

52. La dernière remarque générale de M. Pellet est que le projet d'articles a tendance à considérer les traités comme un tout. Il faudrait adopter une approche plus nuancée. Il ressort de l'étude du Secrétariat, en particulier des paragraphes 153 et suivants, que dans le cas des traités complexes, notamment, toutes les dispositions ne subissent pas le même sort en cas de conflit armé. Dans un même traité, certaines peuvent être suspendues, d'autres éteintes irrémédiablement et d'autres encore continuer à s'appliquer pleinement. On peut penser, *mutatis mutandis*, à l'arrêt rendu par la CIJ en 1980 dans l'affaire *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, dans lequel la Cour a clairement mis l'accent sur le caractère particulier des clauses de règlement des différends en cas de violation grave du traité. Cela pose bien entendu la question délicate de la divisibilité des dispositions d'un traité, mais cette question est centrale au regard du sujet, et elle est mentionnée dans l'étude du Secrétariat (par. 153 à 157).

53. On peut aller plus loin: la question principale est-elle celle des effets d'un conflit armé sur un traité pris comme un tout, sur chacune de ses dispositions ou sur les obligations et les droits découlant du traité? Selon l'article 63 de la Convention de Vienne de 1969 intitulé « Rupture des relations diplomatiques ou consulaires », la rupture « est sans effet sur les relations juridiques établies […] par le traité ». M. Pellet ne connaît pas très bien la genèse de cette disposition, mais il est tout à fait certain que chacun des mots en a été soigneusement pesé. C'est pourquoi la Commission ferait bien de s'interroger au sujet des effets des conflits armés sur les traités: ceux-ci se font-ils sentir sur le traité lui-même, sur chacune de ses dispositions ou, comme il le pense, sur les obligations en résultant? Dans certains cas, un conflit armé peut suspendre les obligations imposées par le traité. Les articles 57 et 65 de la Convention de Vienne de 1969 énoncent les procédures de la suspension de l'application d'un traité, procédures qui ne sont guère compatibles avec les situations de conflit armé. Le problème ne se pose pas si l'on admet que ce n'est pas le traité ni ses dispositions dont l'application est suspendue, mais plutôt les obligations découlant de ces dispositions ou, selon la formulation de l'article 63 de la Convention de Vienne, les relations juridiques établies entre les parties à un traité. S'il s'agit bien des effets sur les obligations découlant d'un traité, cela jette une lumière particulière sur le sujet qui, dès lors, ne pourrait plus être envisagé exclusivement sous l'angle du droit des traités: un volet non négligeable du droit de la responsabilité est également en jeu. Cette question doit être sérieusement examinée.

54. En conclusion, M. Pellet remercie le Rapporteur spécial d'avoir soumis un rapport qui suscite la réflexion. Néanmoins, des questions importantes sont laissées dans l'ombre. Il faut maintenant examiner de manière approfondie les problèmes que le Rapporteur spécial a soulevés et certains autres qu'il n'a pas évoqués. Si l'on en juge par le paragraphe 13 du rapport, c'est l'objectif qu'il s'est lui-même assigné. En tout état de cause, certains problèmes de principe constituent un obstacle à l'adoption d'un ensemble de projets d'articles au stade actuel.

55. M. DUGARD félicite le Rapporteur spécial pour son premier rapport. C'est une réussite remarquable que d'avoir soumis un jeu complet de projets d'articles, ce qui permet à la Commission d'avoir d'emblée une vue d'ensemble, sans avoir à attendre que de nouveaux articles soient proposés chaque année. Le rapport s'appuie sur des recherches approfondies, il est clairement présenté, et M. Dugard approuve l'approche générale qui y est adoptée, en particulier en ce qui concerne le recours à la force.

56. M. Dugard souhaite faire deux suggestions sur l'ensemble du projet. La première concerne la pertinence des décisions prises par les tribunaux internes. Ces décisions constituent une source de droit international, même si elle est subsidiaire. Dans certaines branches du droit international, elles ne sont guère utiles et dans d'autres, elles sont très importantes, par exemple pour le développement du droit international coutumier concernant l'immunité restrictive pour des actes *jure gestionis* dans le domaine de l'immunité souveraine. Le Rapporteur spécial estime que le droit régissant les effets des conflits armés sur les traités appartient à la catégorie du droit international qui n'est pas influencée par les décisions des tribunaux internes. Aux paragraphes 20, 44 et 105 du rapport, il souligne que pour lui ces décisions n'ont guère d'intérêt, qu'elles constituent une source problématique et qu'elles sont généralement fonction de directives expresses de l'exécutif. M. Dugard désapprouve cette approche. Les tribunaux internes ont souvent examiné l'effet des conflits armés sur les traités. Il est vrai que ces décisions ne sont pas cohérentes, mais le développement du droit relatif à

l'approche restrictive de l'immunité souveraine ne l'est pas davantage, de même que d'autres formes de la pratique des États, en particulier les déclarations de gouvernements. Tandis que des pays tels que le Royaume-Uni et l'ancienne Union soviétique ont résisté aux changements intervenus dans d'autres instances internes, et ont préféré conserver l'approche absolue, d'autres ont choisi l'approche restrictive. De l'avis de M. Dugard, les décisions des tribunaux internes fournissent des exemples utiles de la pratique des États − de l'intention des parties au sujet de certains types de traités et de l'effet de la nature d'un traité sur la survie de celui-ci. L'importance de ces décisions est corroborée par l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550), qui mentionne plusieurs affaires, notamment *Techt c. Hughes* et *Clark c. Allen* aux États-Unis (par. 11) et cite également des décisions relatives à des traités d'extradition telles que celles sur les affaires *Gallina c. Fraser* (note 233) et *Argento c. Horn* (note 9), qui ont récemment été suivies par les tribunaux sud-africains. L'étude contient également des références à des décisions de tribunaux italiens et grecs et d'une multitude d'autres tribunaux internes. De fait, le Rapporteur spécial lui-même se réfère à des décisions de tribunaux internes, citant le *Digest of International Law* de Whiteman en détail (par. 78 du rapport) et l'affaire *Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd*. (par. 105). M. Dugard demande instamment au Rapporteur spécial de réexaminer son opinion selon laquelle les décisions des tribunaux internes ne sont guère utiles.

57. La deuxième suggestion de M. Dugard concerne la nécessité de faire référence à la nature d'un traité. Le Rapporteur spécial considère l'intention des parties comme essentielle pour déterminer quels traités doivent survivre à un conflit armé; il cite toutefois plusieurs auteurs qui font valoir que la nature du traité doit être prise en considération. Au paragraphe 33 du rapport, par exemple, selon la citation de Lord McNair, « la nature du traité est à l'évidence la meilleure preuve de l'intention des parties »; Fitzmaurice adopte une position similaire (par. 34). Le Rapporteur spécial cite également Hurst (par. 32), selon lequel « les cas qui présentent des difficultés sont ceux où le traité n'indique pas clairement l'intention des parties, et où cette intention doit être déduite de la nature du traité ou des circonstances qui l'entourent ». Il est donc étrange que le Rapporteur spécial ne souhaite pas faire référence à la nature du traité dans son projet d'articles. M. Dugard estime que les articles 4 et 9 devraient se référer non seulement à la nature du conflit armé, mais aussi à la nature du traité comme preuve de l'intention des parties. Cela serait plus utile qu'une référence aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 et, à ce propos, M. Dugard s'associe aux observations de M. Gaja et de M. Pellet.

58. Il est étonnant que le Rapporteur spécial souligne en fait, au paragraphe 1 du projet d'article 7, que l'objet et le but du traité doivent être pris en considération. Cela ne revient-il pas à souligner l'importance de la nature du traité? Après tout, l'objet et le but du traité font partie de sa nature. Il serait donc plus approprié de se référer à la nature du traité. Au paragraphe 62, le Rapporteur spécial semble accepter cette position, puisqu'il écrit qu'« un aspect majeur du traitement des sujets par la doctrine est le classement des traités en catégories pour identifier ceux qui ne sont pas en principe susceptibles d'être abrogés ou suspendus en cas de conflit armé ». La position du Rapporteur spécial est donc ambivalente. Il convient de noter que l'article 3 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international se réfère également à l'objet ou au but du traité.

59. S'agissant des articles eux-mêmes, M. Dugard s'exprime en premier lieu sur l'alinéa *b* de l'article 2 et la définition que le Rapporteur spécial a empruntée à l'Institut de droit international. Il existe aujourd'hui une définition du conflit armé largement acceptée qui n'est pas celle de l'Institut; elle figure dans la décision de la Chambre d'appel du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans l'affaire *Tadić*, selon laquelle « un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État » [par. 70 de la décision]. Bien que cette définition ne mentionne pas les traités, contrairement à celle proposée par l'Institut de droit international, c'est, à l'heure actuelle, la définition du conflit armé la plus fréquemment citée, en particulier en droit pénal international, et la Commission ne peut l'ignorer.

60. M. Dugard se félicite que le Rapporteur spécial ait appelé l'attention sur le problème de l'occupation militaire sans affrontement armé prolongé ni opérations armées. M. Pellet a fait observer à juste titre qu'il s'agissait d'une question importante dans le contexte du Moyen-Orient. Cependant, il ne s'attendait pas à ce que le Rapporteur spécial entre dans les complexités du conflit au Moyen-Orient, ce qui aurait probablement amené des difficultés supplémentaires.

61. En ce qui concerne l'article 3, M. Dugard n'a pas d'objection à l'utilisation du mot « nécessairement » mais espère qu'il ne s'agit pas simplement d'éviter l'expression latine « *ipso facto* ». La Commission ne devrait pas être hostile en principe aux expressions latines.

62. L'article 4 devrait inclure une référence à la nature du traité dans un nouvel alinéa 2 *c*; la référence à la Convention de Vienne sur le droit des traités, à l'alinéa 2 *a*, devrait peut-être être supprimée.

63. S'agissant du projet d'article 7, la longue liste des types de traités fournie par le Rapporteur spécial ne fait que confirmer l'opinion de M. Dugard selon laquelle il faut prendre en compte la nature du traité. L'étude du Secrétariat mentionne un certain nombre d'autres types de traités, par exemple les accords d'extradition, et il existe une multitude de décisions de tribunaux internes sur le sujet. D'autres catégories devraient également y figurer; par exemple, dans sa résolution d'Helsinki, l'Institut de droit international se réfère aux traités constitutifs d'organisations internationales (art. 6). Le rapport n'indique pas clairement si cette catégorie est comprise dans la référence du Rapporteur spécial aux traités multilatéraux.

64. Les observations de M. Dugard à propos de l'article 4 s'appliquent également au projet d'article 9. Les projets d'articles 10 à 14 ne lui posent aucun problème. En ce qui concerne l'article 11, la Commission devrait peut-être, en temps voulu, accorder davantage d'attention

à l'effet des résolutions du Conseil de sécurité et de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies sur les traités, même si cela dépasse la portée de son mandat actuel.

65. M. Dugard ne sait pas vraiment comment interpréter le paragraphe 13 du rapport. Il ne pense pas que le Rapporteur spécial suggère à la Commission d'approuver tous les projets d'articles sous leur forme actuelle et de les communiquer aux États pour qu'ils fassent des observations: la Commission a la responsabilité d'examiner les articles avant qu'ils ne soient communiqués aux États, et la réponse des États n'est pas toujours très utile, en particulier si la Commission n'a pas elle-même synthétisé les principes. La Commission devrait au moins envisager de renvoyer certains des projets d'articles, peut-être les articles 1 à 3, au Comité de rédaction à la session en cours. Le Rapporteur spécial pourrait ensuite réexaminer les autres dispositions, avec ou sans l'aide d'un groupe de travail.

66. M. PELLET, se référant au conflit israélo-arabe, dit qu'il n'a certainement pas proposé à la Commission d'examiner cette question en détail. Il a simplement fait valoir que le projet devait indiquer s'il était ou non applicable à un tel cas. De son avis, le Rapporteur spécial se montre trop prudent et abstrait à propos de ce conflit. Les rapporteurs spéciaux ne devraient pas craindre d'évoquer des situations bien précises dans leurs rapports.

67. En ce qui concerne le paragraphe 13, le simple fait que le projet n'est pas renvoyé au Comité de rédaction ne signifie pas que les États ne peuvent pas faire des observations à son sujet. Premièrement, tous les ministères compétents reçoivent des exemplaires des rapports des rapporteurs spéciaux; deuxièmement, le rapport de la Commission reproduit fréquemment les articles examinés dans les notes de bas de page.

68. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il est globalement mécontent du rapport sur les effets des conflits armés sur les traités, qui aurait pu fournir au Rapporteur spécial l'occasion d'approfondir la question du droit des traités tel qu'il est régi par les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. La définition d'un traité a déjà été élaborée, et il n'est pas certain qu'elle soit nécessaire dans le projet actuel. Le projet d'article 4, avec ses références aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, n'est pas plus novateur, bien qu'il ait probablement sa place dans le projet puisque le Rapporteur spécial a fondé son raisonnement sur la notion d'intention des parties. On peut toutefois se demander si les dispositions relatives à l'interprétation des traités sont les meilleurs moyens d'aborder la question. L'article 6 laisse sans réponse des questions concernant le régime de nullité et, véritablement, le but même du projet.

69. Pour ce qui est de la méthode, les questions de base n'émergent pas clairement du rapport, et l'on ne comprend pas pourquoi la Commission a choisi d'examiner le sujet, ni si elle a bien fait de l'aborder. L'ensemble du sujet est dilué parce que le Rapporteur spécial ne parvient pas à exposer son approche correctement.

70. La notion même d'« effets » n'a pas été expliquée, alors qu'elle est la clé même du sujet, quel que soit le type d'approche adoptée, restrictive ou plus vaste. Puisque le recours à la guerre est interdit par le droit international − à moins que l'on ne soit d'accord avec la démarche adoptée à l'article 10, ce qui n'est pas le cas de M. Pambou-Tchivounda − sauf s'il y a eu autorisation du Conseil de sécurité et en cas de légitime défense, la question est de savoir si la violation de cette interdiction par un État qui recourt à la guerre entraîne des conséquences − distinctes des « effets » − pour cet État, parce qu'il a enfreint une obligation en vertu du droit international général. Dans ce contexte, le sujet aurait dû établir un lien avec le droit de la responsabilité de l'État, et pas seulement avec le droit des traités. On aurait pu alors clarifier la notion d'« effet » en la reliant à celle de « conséquence ».

71. Même si la Commission se concentre uniquement sur les effets examinés par le Rapporteur spécial, à savoir la suspension ou l'extinction d'un traité, il y a tout lieu de se demander quelles conséquences cette suspension ou extinction peut avoir pour les parties elles-mêmes, à cause de leurs engagements en vertu du traité, ou vis-à-vis de tierces parties, de parties neutres. Toutes ces questions demeurent sans réponse dans le rapport. Il aurait été utile que la Commission reçoive davantage d'information sur ces points. Il est regrettable que l'on ne trouve aucune réponse à ces considérations préliminaires dans le rapport, qui ne propose pas de méthode, d'approche ou de définition du sujet ni une analyse des questions en jeu.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

72. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission souhaite constituer un groupe de travail sur les eaux souterraines transfrontières.

Il en est ainsi décidé.

73. Le PRÉSIDENT invite les membres qui souhaitent participer au Groupe de travail à informer le Rapporteur spécial du sujet qui les intéresse.

74. Le Président annonce qu'il a également été proposé de tenir une réunion conjointe de la Commission et de la Société européenne de droit international, le 27 mai 2005 à 15 heures, sur le sujet de la responsabilité des organisations internationales. Plus de 100 membres de la Société, dont son président, le juge Simma, comptent y assister. Des arrangements préliminaires ont déjà été pris pour cette importante manifestation. En l'absence d'objection, il considérera que la Commission approuve la tenue de cette réunion.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 45.

[*] Reprise des débats de la 2834e séance.

2837e SÉANCE

Jeudi 12 mai 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) [A/CN.4/552 et A/CN.4/550 et Corr.1 et 2]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. KOSKENNIEMI, après avoir complimenté le Rapporteur spécial, le remercie d'avoir élaboré un projet d'articles complet, ce qui permet d'avoir une vision globale du sujet et, en outre, de faire tomber les textes dans le domaine public pour susciter des observations concrètes de la part des gouvernements.

2. Dans un premier temps, M. Koskenniemi a été aussi surpris que M. Gaja par le ton péremptoire de certaines affirmations du Rapporteur spécial. Dans l'introduction, après avoir mentionné quatre théories sans en expliquer l'origine, le Rapporteur spécial déclare au paragraphe 6 que cette énumération n'est pas d'une grande assistance. Plus loin, au paragraphe 20, il affirme que les décisions des tribunaux internes « n'ont guère d'intérêt ». Au paragraphe 64, il parle de « données disponibles substantielles », mais sans fournir aucune indication à leur sujet. L'affirmation la plus saisissante est néanmoins celle du paragraphe 16, où il avance qu'« il n'est pas douteux que les travaux de la Commission risquent d'être considérablement retardés si elle recherche la sophistication ». Le Rapporteur spécial mise décidément sur l'esprit de collaboration de ses lecteurs. Certes, en soumettant un projet aussi clair et déterminé, il a rendu un grand service à la Commission, mais celle-ci doit décider si elle y adhère entièrement avant de le renvoyer au Comité de rédaction.

3. M. Koskenniemi regrette que, lorsqu'elle aborde un nouveau sujet, la Commission n'approfondisse pas suffisamment la question de l'orientation générale à donner à ses travaux. Elle pourrait se demander par exemple quelles pourraient être les alternatives à la question des effets des conflits armés sur les traités, quelles en seraient les répercussions sur des cas concrets tels que le conflit israélo-palestinien et quels en seraient les enjeux. Tout cela mérite d'être discuté, sans quoi l'exercice de codification risque de se transformer en la rédaction d'un ouvrage collectif sur le droit des traités. Cette remarque ne constitue pas un reproche adressé au Rapporteur spécial mais vise la manière générale de procéder au sein de la Commission.

4. Selon M. Koskenniemi, le principal problème est qu'un conflit armé est un événement tellement important et bouleversant que, lorsqu'il éclate, le sort des traités devient très secondaire. Ceux qui sont prêts à violer l'interdiction de l'emploi de la force se laisseront-ils impressionner par quelques règles à ce sujet? De plus, dans un tel contexte de mort et de destruction, tout formalisme apparaît déplacé. La Commission doit faire preuve à la fois de réalisme et d'une grande délicatesse si elle souhaite que ces règles soient respectées.

5. Au sujet de la notion d'« intention », M. Koskenniemi a tout d'abord pensé, comme la plupart des membres qui se sont exprimés avant lui, qu'elle est aussi vague que celles qu'évoquent des adjectifs tels que « raisonnable » ou « équitable », et qu'elle n'est pas d'une grande utilité pour des juristes devant déterminer ce qu'il adviendrait d'un traité donné. Cependant, après réflexion, il lui semble que la référence à cette fiction qu'est l'intention permet précisément, en autorisant une certaine souplesse, de prendre en considération les facteurs contextuels propres à une situation donnée et, par là, de conserver le réalisme et l'efficacité déjà évoqués.

6. Les projets d'articles 4, alinéa *b*, 5 et 7, paragraphe 1 indiquent que l'intention sera déterminée par la nature du conflit armé, les dispositions expresses figurant dans les traités et l'objet et le but des traités. Une liste d'exemples de traités devant rester en vigueur est ensuite fournie au paragraphe 2 du projet d'article 7. Elle constitue l'élément le plus important car elle sert de base à toute hypothèse concernant l'intention. Cependant, on ne sait pas pourquoi certains traités figureraient sur cette liste et d'autres non. Il manque ici une explication. Pour la développer, on pourrait examiner trois éléments: les intérêts en jeu, les cas concrets qui se sont présentés et l'évolution historique de la doctrine. On voit combien une discussion plus approfondie sur l'orientation du sujet serait utile.

7. Formulant ensuite des observations spécifiques, M. Koskenniemi se demande premièrement comment la question de l'emploi de la force, qui découle des projets d'articles 10 et 11, pourrait être éludée. Au paragraphe 122, le Rapporteur spécial dit qu'elle n'est pas traitée car l'on ne peut pas constater l'illicéité, mais outre que ce n'est pas toujours vrai, cela ne différerait pas beaucoup d'autres règles auto-interprétatives. D'autre part, M. Koskenniemi approuve la distinction établie par M. Pellet entre les effets des conflits armés internationaux et ceux des conflits armés internes. Les intérêts en jeu sont en effet très différents et, dans le cas des conflits internes, la question la plus importante serait celle des traités impliquant des États tiers. Enfin, il faudrait, comme l'a suggéré M. Pellet, envisager la possibilité d'une extinction ou d'une suspension partielle des traités dans certaines situations. Là aussi, il serait nécessaire d'examiner plus attentivement les contextes concrets.

8. M. PELLET dit que, premièrement, il ne revendique absolument pas la paternité de la distinction entre les effets des conflits internes et ceux des conflits internationaux,

qui figure déjà dans le rapport. Il n'a fait qu'approuver cette idée. Deuxièmement, il n'est pas très convaincu par l'intérêt d'un approfondissement « historico-doctrinal ». Il approuve par contre l'idée que l'on devrait insister sur l'approche casuistique pour donner toute son importance au contexte réel dans lequel les problèmes se posent et ont été résolus.

9. M. CHEE se demande comment les traités, qui sont des instruments internationaux, peuvent avoir un lien avec des questions internes.

10. M. PELLET, répondant à M. Chee, dit qu'il est tout à fait évident que des événements internes peuvent avoir un impact sur des instruments internationaux. D'ailleurs, conformément à ce qui avait été expressément prévu au moment de l'adoption du sujet, le rapport lui-même indique que la Commission s'intéressera aussi bien aux conflits internes qu'aux conflits internationaux (par. 17 et 18).

11. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) fait observer que lorsque, par exemple, il distingue quatre théories au paragraphe 5 de son rapport, c'est après avoir dépouillé une abondante littérature sur le sujet. L'une des raisons d'être du Rapporteur spécial, lui semble-t-il, est précisément de faire gagner du temps à la Commission en tentant de faire la synthèse de ce qui a déjà été écrit sur le sujet. Or si les questions que soulève le sujet à l'examen n'ont pas été résolues, elles sont loin d'avoir été négligées. Cela étant, le fait de synthétiser amène à exprimer des généralités. M. Brownlie convient de l'importance du contexte mais l'un des problèmes qui se posent est celui de l'immense diversité des conflits armés qui existait bien avant que l'on en vienne au problème moderne de l'ingérence étrangère dans un conflit interne qui transforme ce dernier en conflit semi-internationalisé. Cette diversité même a une incidence sur le contexte et signifie qu'il devient plus difficile de légiférer dans tous les cas. Les références aux notions d'intention, d'objet et de but sont donc des généralités mais il est très difficile de passer du général au particulier.

12. M. MATHESON partage l'avis du Rapporteur spécial selon lequel il faut encourager la continuité des obligations conventionnelles en cas de conflit armé lorsqu'il n'y a pas de réelle nécessité d'en suspendre les effets ou de les annuler. Cependant, dans le cas où les traités ne sont pas maintenus, la présomption devrait être en faveur de la suspension temporaire plutôt que de l'extinction. Il ne faut cependant pas réduire cette question complexe à des règles générales catégoriques. L'effet d'un conflit sur des traités dépendra davantage des dispositions du traité visé et des circonstances en cause que de règles générales. Il vaudrait mieux énoncer les considérations dont les États doivent tenir compte plutôt que d'arrêter des règles définitives qu'ils doivent toujours suivre.

13. À propos de l'article premier, M. Matheson se demande si l'ensemble du projet d'articles ne devrait pas s'appliquer également aux traités auxquels les organisations internationales sont parties. S'agissant des définitions et plus particulièrement de l'alinéa *b* de l'article 2, s'il est vrai que la Commission n'a pas pour tâche de redéfinir la notion de conflit armé, il conviendrait néanmoins de simplifier le texte proposé, car on peut se demander si, tel qu'il est rédigé, il s'applique à des situations qui ne correspondent pas à la définition ordinaire du conflit armé, telles que le terrorisme.

14. M. Matheson souscrit à l'idée énoncée à l'article 3, selon laquelle le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas nécessairement l'extinction des traités ni la suspension de leur application. Toutefois, dans sa version actuelle, cet article s'applique uniquement à l'application des traités entre parties au conflit ou entre celles-ci et un État tiers. On pourrait envisager que cette disposition s'applique dans le cas des traités entre États tiers, ou entre des États et des organisations internationales. Il suffirait peut-être de dire que le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas nécessairement l'extinction ou la suspension d'un traité, quel qu'il soit.

15. En ce qui concerne l'article 4, M. Matheson partage les préoccupations exprimées par M. Gaja et M. Pellet. Lorsque l'intention des parties se dégage du texte ou des travaux préparatoires, il conviendra de la suivre. Mais, en général, cette intention n'est pas clairement exprimée, et il est alors nécessaire de considérer d'autres facteurs, notamment l'objet et le but du traité, la nature des dispositions spécifiques en question, et les circonstances particulières du conflit. Il serait donc préférable de le reconnaître directement à l'article 4, plutôt que de supposer que les parties ont toujours une intention qu'il suffit de découvrir ou qui peut être présumée.

16. Bien que les dispositions de l'article 5 paraissent évidentes et superflues, il est néanmoins souhaitable, pour des raisons de clarté, de les maintenir. Il convient par ailleurs d'insister sur les traités et les règles qui sont expressément applicables en cas de conflit armé. Comme l'a indiqué la CIJ dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, certains principes relatifs aux droits de l'homme et à la protection de l'environnement ne cessent pas de s'appliquer en période de conflit armé, mais leur application est déterminée par la *lex specialis* applicable, c'est-à-dire le droit régissant la conduite des hostilités.

17. Selon M. Matheson, l'article 6 n'est pas indispensable, les dispositions qui y sont énoncées pouvant figurer dans le commentaire de l'article 3.

18. L'article 7 est le plus problématique et le plus complexe du projet, et le Rapporteur spécial n'est pas certain lui-même qu'il soit nécessaire. M. Matheson doute quant à lui vraiment qu'il soit possible ou souhaitable de tenter d'établir des catégories de traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils restent applicables durant un conflit armé. Premièrement, les traités ne relèvent pas de catégories bien déterminées. Deuxièmement, certaines dispositions d'un traité, de par leur nature, peuvent très bien être suspendues pendant un conflit armé, tandis que d'autres ne le pourront pas. Troisièmement, même en ce qui concerne certains types de dispositions, la teneur du traité et l'intention des parties peuvent être fort différentes d'un traité à l'autre. Quatrièmement, la pratique des États n'est pas très cohérente et ne permet pas de répondre avec certitude à la question de savoir si une catégorie de traités peut ou non être suspendue ou abrogée. Il

y a des gradations dans l'applicabilité des diverses catégories de traités. Cinquièmement, toute tentative pour cataloguer de la sorte les traités risque de donner lieu à un débat prolongé et houleux qui ne permettra pas de déboucher sur un consensus au sein de la Commission ou parmi les États. En bref, M. Matheson considère qu'il serait préférable d'énumérer les facteurs susceptibles de conduire à une conclusion ou à une autre, par exemple, la mesure dans laquelle la disposition conventionnelle en question est adaptée ou non aux exigences de la situation en cas de conflit armé, les circonstances particulières des conflits qui peuvent conduire à un résultat ou à un autre, et l'importance de la continuité lorsque des valeurs fondamentales telles que la protection des droits de l'homme sont en jeu. En outre, il serait possible de résumer dans le commentaire la pratique des États et les décisions des tribunaux internationaux.

19. S'agissant des catégories de traités énumérées à l'article 7, M. Matheson considère que la première (al. *a*) est inutile dans la mesure où la question est déjà couverte par l'article 5. La deuxième catégorie (al. *b*) semble quelque peu ambiguë. Par exemple, la question se pose de savoir quels droits et obligations peuvent être considérés comme « permanents » ou sont susceptibles de créer un « régime » ou un « statut ». En outre, certaines dispositions des traités de ce type peuvent être incompatibles avec les obligations et les droits des États en vertu du droit des conflits armés, et devront peut-être, pour cette raison, être temporairement suspendues. La troisième catégorie (al. *c*) est un bon exemple de traités contenant des dispositions qui peuvent et devraient normalement être maintenues en période de conflit armé (par exemple, celles qui ont trait au statut et aux droits en matière de propriété des étrangers) tandis que d'autres devront être suspendues dans certaines circonstances (par exemple, celles qui réglementent la navigation et le commerce entre États parties à un conflit). Les sources citées par le Rapporteur spécial semblent privilégier des types particuliers de dispositions plutôt que les traités dans leur ensemble. Dans l'étude du Secrétariat, ces traités sont considérés comme ne présentant pas une forte probabilité d'application (A/CN.4/550, par. 70 à 75).

20. Les traités pour la protection des droits de l'homme relevant de la quatrième catégorie (al. *d*) font partie de ceux dont il est probable qu'ils continuent de s'appliquer. Toutefois, la CIJ a clairement indiqué que les droits de l'homme doivent être appliqués conformément au droit des conflits armés.

21. En revanche, en ce qui concerne les traités de la cinquième catégorie (al. *e*), la présomption de continuité est faible. L'étude du Secrétariat suggère que certains principes environnementaux s'appliqueront, en règle générale, en période de conflit armé, et d'autres pas (par. 58 à 63). Il ne semble pas exister de présomption générale de continuité pour l'ensemble des traités relatifs à la protection de l'environnement.

22. S'agissant des traités de la sixième catégorie (al. *f*), il ressort de la doctrine citée par le Rapporteur spécial que leur application peut être partiellement suspendue, puis reprise une fois la paix revenue. La pratique des États en la matière est contradictoire, et M. Matheson a de sérieux doutes quant à l'existence d'une présomption générale de continuité pour les traités relatifs aux cours d'eau internationaux et installations et ouvrages connexes, étant donné qu'il peut être impératif en temps de guerre d'empêcher ou de restreindre l'utilisation de l'espace aérien et maritime en direction ou en provenance d'un État ennemi.

23. Pour ce qui est des traités de la septième catégorie, les traités multilatéraux normatifs (al. *g*), tant le Rapporteur spécial que le Secrétariat (par. 47 à 51) estiment qu'il existe une base raisonnable en faveur de la continuité, même si tous deux reconnaissent que la pratique des États n'est pas totalement cohérente et qu'il existe de nombreux exemples de suspension ou d'application partielle de ces traités en temps de guerre. En outre, il est difficile de déterminer ce que peut être un traité « normatif » puisque tous les traités créent du droit.

24. En résumé, M. Matheson estime qu'il serait beaucoup plus utile de déterminer les facteurs qui militent pour ou contre la continuité et de compléter cette étude par une analyse de la pratique des États dans divers domaines.

25. En ce qui concerne l'article 9, M. Matheson pense aussi que la Commission devrait se prononcer en faveur de la reprise de l'application des traités qui ont été suspendus lorsque les motifs de la suspension ne s'appliquent plus. Si l'on prévoit à l'article 4 d'autres facteurs que l'intention, il faudra revoir l'article 9 en conséquence.

26. S'agissant de l'article 10, M. Matheson ne pense pas qu'il soit juste de dire que la conséquence de l'extinction d'un traité ou de la suspension de son application n'est pas affectée par la licéité du comportement des parties. Lorsqu'un État exerce son droit de légitime défense ou applique des décisions prises par le Conseil de sécurité en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, il peut en résulter, dans certaines circonstances, une suspension de dispositions conventionnelles. On pourrait le mentionner sous forme de clause de sauvegarde ou dans le commentaire mais la Commission ne devrait pas, à cette occasion, tenter de définir la portée de la légitime défense ou l'autorité du Conseil de sécurité.

27. Enfin, M. Matheson appuie la réaffirmation, à l'article 13, des règles énoncées dans la Convention de Vienne de 1969, qui peuvent s'appliquer dans des circonstances appropriées, en cas de déclenchement d'un conflit armé. En conclusion, M. Matheson considère que la Commission devra analyser plus en profondeur la pratique des États avant de parvenir à des conclusions. Elle devrait donc encourager les gouvernements à fournir davantage d'informations en ce sens et à faire connaître leur position sur la question avant d'élaborer des règles précises.

28. Mme ESCARAMEIA remercie le Rapporteur spécial de son rapport très clair et très détaillé et le Secrétariat de son étude, excellente compilation de sources qu'il serait bon de publier. Elle dit éprouver d'énormes difficultés à commenter ce rapport en raison de la vaste portée du sujet, de la connaissance étendue qu'en a le Rapporteur spécial et de la méthode novatrice que celui-ci a adoptée en présentant un projet global qui vise à tester les réactions générales des membres de la Commission et des États. Cependant, le rapport pèche par certaines omissions qui ont pour résultat de simplifier à l'excès les situations

traitées. Toute une série de distinctions qui auraient dû y être faites ne l'ont pas été: distinction entre les effets des conflits armés sur les parties en conflit et sur les États tiers; distinction entre les situations de suspension, d'extinction et de maintien en vigueur des traités au cours du conflit armé; distinction entre les effets des conflits internationaux et ceux des conflits internes (il est essentiel en effet de traiter de ces deux types d'effets); distinction entre les effets de différentes dispositions du même traité; distinction enfin entre les droits d'un État agresseur et ceux d'un État en légitime défense ou qui applique une résolution du Conseil de sécurité sur le recours à la force (distinction faite aux articles 7 à 9 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international[1]).

29. Le positionnement de ce projet vis-à-vis du droit des traités, du droit de la guerre, du droit de la responsabilité de l'État pose également problème. M^me^ Escarameia ne comprend pas exactement la pertinence des raisons pour lesquelles le Rapporteur spécial propose d'insérer le projet d'articles dans le cadre du droit des traités plutôt que dans celui du droit de la guerre − telle n'était pas la conception de la Commission à l'article 73 de la Convention de Vienne de 1969 − à moins qu'il ne s'agisse de réaffirmer la bonne vieille théorie selon laquelle la guerre n'est rien d'autre qu'une situation d'anarchie totale. La licéité de la guerre et la position de la partie en cause à cet égard ne sont cependant pas sans importance. Si l'on se place dans le cadre du droit des traités, l'on doit examiner les relations du projet avec les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 relatives à la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible (art. 61), au changement fondamental de circonstances (art. 62), voire même à la rupture des relations diplomatiques (art. 63) et peut-être aussi à la violation substantielle par une partie (art. 60). Ces dispositions sont mentionnées au projet d'article 13, mais il convient d'aller plus avant dans le détail.

30. D'autres difficultés surgissent avec le critère, choisi par le Rapporteur spécial, de l'intention des parties, qui est bien davantage en fait celui de l'intention présumée des parties, notion vague et très subjective. Et que dire, par exemple, d'une situation dans laquelle un État menant une guerre d'agression illicite serait autorisé à dénoncer un traité et en tirerait avantage? C'est pourtant bien ce qui pourrait se produire si l'on adoptait le critère de l'intention des parties. Pour certains membres, ce critère énoncé à l'article 4 est approfondi à l'article 7 où il est question de «l'objet» et du «but» des traités. Pour sa part, M^me^ Escarameia pense qu'il s'agit de critères franchement différents. À l'article 7, on passe en réalité au critère de la nature du traité et du type de conflit et l'on dresse une liste de catégories de traités qui resteraient applicables durant les conflits armés. Si un critère général pouvait s'imposer, ce serait probablement qu'en principe les dispositions des traités continuent de s'appliquer en fonction de leur viabilité, compte tenu du contexte du conflit armé et en fonction de la position de la partie quant à la licéité du conflit.

31. À la définition du conflit armé figurant à l'alinéa *b* de l'article 2, M^me^ Escarameia préfère celle qui a été donnée dans l'affaire *Tadić* car elle inclut plus aisément tous les problèmes découlant des guerres civiles et pas seulement des guerres internationales, ce qui permet de s'épargner la difficulté qu'il y a à distinguer entre les deux types de conflits. Cette définition devrait être précédée d'une formule telle que «Aux fins de la présente Convention…» pour éviter de débattre de ce qu'est un conflit armé en général, mais elle devrait aussi comprendre une référence aux situations d'occupation (même en l'absence de résistance organisée, comme le prévoit l'article 18 de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé).

32. L'article 4 pose problème non seulement en ce qui concerne le critère de l'intention des parties mais aussi pour ce qui est de tout critère général tel que la nature ou l'objet et le but des traités. Tout dépend du conflit armé en question et de nombreuses autres circonstances telles que la licéité de la position de la partie ou les dispositions en jeu.

33. L'article 6 sur les traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé semble dépendre aussi de nombreuses circonstances particulières qui appellent de plus amples explications et illustrations.

34. L'article 7 semble lui aussi tributaire de nombreuses circonstances, sauf en ce qui concerne les traités expressément applicables. Or certains traités doivent être toujours applicables: l'intention des parties ne peut être contraire au *jus cogens* et plusieurs traités relatifs aux droits de l'homme auxquels on ne peut déroger sont susceptibles d'entrer dans cette catégorie, de même que certaines dispositions générales sur l'environnement.

35. De l'avis de M^me^ Escarameia, la meilleure solution serait de créer un groupe de travail. Cela étant, certains articles ne prêtant pas à controverse, par exemple les articles 1 à 3, l'article 5 et l'article 13 pourraient déjà être renvoyés au Comité de rédaction.

36. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, fait observer que la décision du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Tadić* contient une définition du conflit armé interne, qui est d'ailleurs presque identique à celle qui figure à l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Personnellement, il préfère la définition proposée par le Rapporteur spécial, qui est suffisamment large pour englober les conflits tant internes qu'internationaux.

37. M. DUGARD dit qu'il faudrait effectivement mentionner le développement du droit pénal international. Il demande au Rapporteur spécial s'il compte entrer dans le débat sur la licéité du recours à la force, qui amènerait la Commission à entreprendre une définition de l'agression, ou s'il préférerait ne pas s'occuper de cette question.

38. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il s'est efforcé de faire son travail de Rapporteur spécial. Il faut voir dans l'article 10 une sorte de provocation intellectuelle, qui a d'ailleurs rempli son objectif. Il n'a aucune intention d'éluder quelque débat que ce soit. Par ailleurs, la liste proposée à l'article 7 est soumise aux membres de la Commission pour qu'ils en discutent.

[1] *Annuaire*, vol. 61, t. 2 (session d'Helsinki, 1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283.

39. Mme ESCARAMEIA remercie M. Momtaz de son intervention concernant la définition des conflits armés mais dit qu'elle souscrit à la définition plus large proposée par la décision rendue dans l'affaire *Tadić* (par. 70), qui couvre à la fois les conflits internationaux et internes.

40. M. PELLET se dit surpris que le Rapporteur spécial affirme ne pas prendre position sur l'inclusion des guerres civiles dans le sujet à l'étude, alors qu'au paragraphe 17 de son rapport il indique que la définition, et le rapport, couvrent aussi bien les conflits internes que les conflits internationaux. Il considère pour sa part que cette inclusion est très importante, ne serait-ce que parce que la distinction entre les deux types de conflits est souvent brouillée. Par ailleurs, la Commission ne peut se passer d'aborder la question de la licéité des conflits armés, ce qui ne veut pas dire qu'elle doit se lancer dans la définition de ce qui est licite ou dans la définition de l'agression. Elle doit simplement se demander quels seraient les effets d'une agression sur les traités.

41. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) rappelle que la doctrine récente, y compris le rapport de l'Institut de droit international, établit une distinction importante entre conflit interne et conflit international.

42. M. Sreenivasa RAO dit qu'il partage bon nombre des vues que le Rapporteur spécial a exprimées dans son premier rapport. En particulier, il considère que la Commission ne devrait pas se lancer dans l'exercice futile consistant à produire une définition générale du « conflit armé ». Il est des situations, dans le monde contemporain, où il est impossible de distinguer clairement ce qui constitue un conflit armé de ce qui ne l'est pas. C'est là un débat que la Commission devrait éviter et le projet d'article 2 est un pas dans la bonne direction, même si les définitions proposées pourraient certainement être perfectionnées, voire assorties de définitions supplémentaires. Le seuil retenu, à savoir la nature et l'ampleur du conflit, n'est pas le seul possible et devrait être expliqué davantage dans le commentaire. Par ailleurs, la distinction établie, s'agissant des relations contractuelles, entre d'une part les parties au conflit et d'autre part ces parties et les États tiers est très importante et doit être maintenue. Certains membres de la Commission, dont MM. Gaja et Pellet, ont proposé d'inclure dans le projet les relations entre les parties au conflit et les organisations internationales. Tout en comprenant leurs raisons, M. Sreenivasa Rao hésite à les suivre sur cette voie car ces relations ont toujours été traitées séparément, tant par le droit des traités que par le droit de la responsabilité des États, sans compter qu'une telle inclusion aurait pour effet de retarder la conclusion de l'étude.

43. Il serait aussi utile de déterminer quels effets des conflits armés seront analysés dans le projet d'articles. Bon nombre de ces effets sont traités dans l'étude du Secrétariat et M. Pellet en a évoqués plusieurs dans son intervention. Il y aurait aussi lieu de préciser que le projet d'articles ne s'applique qu'aux traités qui sont déjà en vigueur au moment du conflit et d'établir une distinction entre, d'une part, l'extinction ou la suspension de traités en raison d'un conflit armé et, d'autre part, ce que l'on pourrait appeler l'impossibilité d'exécution.

44. Une autre question dont la Commission devrait traiter est celle de savoir si un conflit armé peut être considéré comme un motif automatique d'extinction ou de suspension d'un traité ou si des éléments additionnels relevant du changement fondamental de circonstances prévu par la Convention de Vienne sur le droit des traités sont nécessaires. De même, la mesure dans laquelle la responsabilité de l'État serait engagée en cas d'extinction ou de suspension d'un traité directement imputable à un conflit armé doit aussi être examinée plus avant.

45. Certains membres de la Commission ont estimé que, si dans le cadre d'un conflit armé, une tierce partie, comme le Conseil de sécurité, détermine que l'une des parties a recouru illicitement à la force, il s'ensuit que l'autre partie est automatiquement considérée comme ayant licitement exercé son droit à la légitime défense. Dans un tel scénario, la responsabilité de l'État fautif serait engagée non seulement parce qu'il aurait recouru illicitement à la force mais aussi pour avoir mis fin aux traités en vigueur ou en avoir suspendu l'application. Or, dans la vie réelle, il est difficile de se prononcer sur la licéité des conflits, et le Conseil de sécurité est loin de trancher dans tous les cas. Il est difficile d'évaluer la responsabilité des États dans des situations qui s'inscrivent dans cette zone grise. Il sera peut-être utile d'élaborer d'autres dispositions pour traiter de situations telles que celles évoquées par MM. Economides et Pellet.

46. La liste des catégories de traités qui figurent à l'article 7 est assez classique. À ce propos, M. Sreenivasa Rao se félicite de l'inclusion des traités relatifs à la protection et à la préservation de l'environnement. Pour ce qui est de l'inclusion des conflits armés internes dans l'étude, il pense, comme le Rapporteur spécial et un certain nombre de ses collègues, qu'il faudrait établir une distinction entre conflits internationaux et conflits internes, tout en incluant ces derniers dans le champ de l'étude.

47. Passant à ce qu'il considère comme le thème central du projet, M. Sreenivasa Rao se demande quels critères retenir pour établir la prédisposition des traités à l'extinction ou la suspension en cas de conflit armé: s'agit-il de l'intention des parties au traité, de l'objet et du but du traité ou encore de la nature du conflit? Une chose est claire, c'est que le déclenchement d'un conflit armé n'annule pas automatiquement les traités en vigueur ni n'en suspend l'application. Or, dans le contexte de la négociation des traités, qu'ils soient bilatéraux ou multilatéraux, les parties prévoient rarement des dispositions indiquant leur intention en cas de conflit armé. C'est pourquoi la combinaison de plusieurs approches, comme l'ont proposé M. Pellet et d'autres membres, semble souhaitable.

48. Ayant formulé ces observations générales, M. Sreenivasa Rao demande des éclaircissements au Rapporteur spécial sur un point qui concerne le projet d'article 6 (Traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé) d'où il ressort que, même lorsque c'est la teneur d'un traité qui est contestée et qu'un conflit armé est le résultat direct de ce différend, le traité est réputé rester en vigueur, sauf si l'intention contraire des parties contractantes est établie. La seule existence d'un conflit armé indique qu'au moins l'une des parties n'est pas d'accord avec la teneur du traité en question ou son maintien

en vigueur. Dans ces circonstances, il serait impossible d'obtenir l'accord des deux parties au conflit sauf si le différend concerne l'interprétation du traité et non sa validité. Les parties pourraient ne pas être d'accord sur la poursuite de l'application du traité ou de certaines de ses dispositions en raison d'un changement de circonstances, parce que les circonstances historiques qui en avaient justifié la conclusion ne sont plus valables ou parce que l'une des parties peut estimer avoir conclu le traité sous la contrainte, par exemple dans un contexte d'occupation ou de domination coloniale. Un conflit armé pourrait en résulter et l'ensemble du traité ou des parties de celui-ci devrait être renégocié. La Commission doit se demander comment traiter ce type de situation dans le projet d'articles.

49. M. Sreenivasa Rao exprime l'espoir que les travaux de la Commission progresseront bien, de préférence dans le cadre d'un groupe de travail, et que celle-ci sera en mesure d'adopter un projet en première lecture à sa session suivante.

50. M. KOLODKIN remercie le Rapporteur spécial d'avoir présenté d'emblée un projet d'articles, ce qui est aussi inattendu qu'utile. Il remercie aussi le Secrétariat de son étude très utile, qui lui a permis d'élargir son horizon intellectuel dans le domaine à l'examen.

51. Pour M. Kolodkin, peut-être vaudrait-il mieux ne pas traiter dans le projet d'articles de questions liées aux recours licite ou illicite à la force. Cela serait possible si l'on suivait une approche selon laquelle les conflits armés ont directement, automatiquement, des effets sur les traités internationaux. Alors, le fait de savoir laquelle des parties au conflit a enfreint le droit international en recourant à la force et laquelle a agi licitement en exerçant son droit de légitime défense n'aurait aucune importance. Or, pour autant que M. Kolodkin puisse en juger, le Rapporteur spécial adopte une autre approche. Aux termes du projet d'article 3, le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application, c'est-à-dire qu'il ne produit pas automatiquement d'effets sur eux. Si tel est le cas, le sort réservé au traité dépend aussi de la volonté manifestée ensuite par les parties à ce traité, qui sont souvent des parties au conflit. Comme on peut l'imaginer, il n'est alors juridiquement pas possible que l'État qui a recouru illicitement à la force et l'État qui a exercé son droit de légitime défense se trouvent dans la même situation et jouissent des mêmes droits à l'égard du traité qui les lie. Si grande soit la tentation pour la Commission d'exclure du champ de ses travaux les effets du caractère licite ou non du recours à la force sur les traités, elle ne pourra y échapper, à moins bien sûr qu'elle ne fonde ses travaux sur la règle des effets automatiques des conflits armés sur les traités. M. Kolodkin pense toutefois que cette règle ne peut être introduite dans le projet d'articles dans la mesure où, du moins dans l'absolu, elle n'existe plus aujourd'hui. À cet égard, les articles 7 à 9 de la résolution d'Helsinki adoptée sur ce sujet par l'Institut de droit international ne manquent pas d'intérêt.

52. On peut se demander cependant s'il est possible de rejeter totalement l'existence, ne serait-ce que dans quelques cas particuliers, d'effets automatiques, directs, des conflits sur les traités. Sans avoir d'opinion tranchée sur la question, M. Kolodkin est enclin à penser que, dans certains cas, on peut tout de même dire qu'un conflit armé peut automatiquement, de par sa nature même, à tout le moins suspendre l'application d'un traité international. Ce peut être le cas d'un traité de démarcation ou d'un traité instituant une union politique, ou même de certaines dispositions seulement d'un traité. Sur ce point, les conclusions figurant aux paragraphes 162 et 163 de l'étude du Secrétariat méritent réflexion.

53. Bien qu'il ne soit pas dit dans le projet d'article 3 que c'est le conflit armé lui-même et son déclenchement qui n'entraînent pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application, M. Kolodkin ne peut souscrire à cette formule en tant que règle générale. Il n'exclut pas que cette formule puisse être déduite de la doctrine et des décisions judiciaires, encore que celles-ci soient extrêmement diverses mais à son avis elle n'est pas confirmée par la pratique des traités de paix entre États. En tout état de cause, M. Kolodkin préférerait, comme l'écrit le Rapporteur spécial au paragraphe 28 de son rapport, si l'on juge nécessaire de conserver l'introduction du projet d'article 3, que l'expression « *ipso facto* » y soit remplacée par le mot « nécessairement ».

54. Comme on l'a déjà fait observer, il n'est pas fait de distinction dans le projet présenté entre les situations dans lesquelles les parties au conflit sont toutes deux parties au traité et les situations dans lesquelles on est en présence d'un traité entre un État partie au conflit et un État qui n'y est pas partie. Pour M. Kolodkin, il existe des raisons objectives d'établir une telle distinction. Les relations politiques et singulièrement les relations conventionnelles entre les parties à un conflit ne peuvent en règle générale être de même nature que les relations entre un État en proie à un conflit et un État qui n'y est pas partie. Si dans le premier cas on peut habituellement parler de relations provisoirement hostiles, dans le deuxième ces relations peuvent conserver un caractère tout à fait normal, voire même aller jusqu'à l'alliance. Bien sûr, il peut arriver que les effets du conflit armé soient identiques dans les situations examinées, par exemple lorsque, par suite du conflit, l'objet du traité disparaît ou que pour d'autres raisons il devient objectivement impossible d'appliquer le traité tant entre les parties au conflit qu'entre une partie au conflit et un État tiers. Mais ce n'est pas une raison pour ne pas faire de distinction en règle générale entre les deux situations précitées. À cet égard, M. Kolodkin souscrit à la thèse de M. Gaja selon laquelle on peut examiner les effets des conflits armés sur les traités entre l'une des parties au conflit et un État qui n'y est pas partie dans le cadre des dispositions de la Convention de Vienne de 1969, notamment de ses articles 61 et 62.

55. On pourrait de même examiner dans le contexte des dispositions de la Convention de Vienne de 1969 les effets sur les traités internationaux des conflits armés de caractère non international. M. Kolodkin n'est pas convaincu que les effets de tels conflits armés doivent être examinés dans le cadre du sujet qui occupe la Commission. En tout état de cause, ces effets ne peuvent être identiques pour des raisons objectives. Un conflit armé de caractère international affecte directement et obligatoirement les relations entre États parties au traité qui sont en même temps parties au conflit. Si comme on le dit la distinction entre les conflits armés de caractère international et ceux

de caractère non international s'estompe, c'est surtout en ce qui concerne l'application dans le cadre de ces conflits des principes d'humanité ainsi que du droit international humanitaire et des droits de l'homme.

56. Si l'on doit absolument définir dans le projet d'articles à l'examen la notion de « conflit armé », alors cette définition doit revêtir le caractère que lui donne le Rapporteur spécial. Celui-ci fait observer au paragraphe 21 du rapport que la formulation qu'il propose est contextuelle. Sans entrer pour l'instant dans le détail, la question qui se pose est de savoir si une définition du conflit armé est nécessaire. En tout cas, de nombreux traités universels contenant l'expression « conflit armé » se passent d'une telle définition.

57. M. Kolodkin joint sa voix à celle des membres qui ont exprimé des doutes quant au fait que l'on puisse s'appuyer sur le critère de l'intention des parties à un traité au moment de sa conclusion pour évaluer sa prédisposition à l'extinction ou à la suspension en cas de conflit armé (projet d'article 4). À son avis, il serait plus juste de parler de l'objet et du but du traité ou de sa nature, de sa teneur. Il convient d'examiner la question de savoir s'il faut parler des effets des conflits sur les traités en général ou des effets d'un conflit sur des dispositions particulières d'un traité, ou encore des effets d'un conflit sur un traité dans son intégralité et/ou sur certaines de ces dispositions. On ne peut éviter d'examiner le problème également sous l'angle de la divisibilité des dispositions conventionnelles. Au nombre des mérites de l'étude du Secrétariat, M. Kolodkin tient à mentionner à cet égard la présence dans cette étude du chapitre VI qui traite des relations entre le sujet à l'examen et d'autres institutions.

58. M. Kolodkin part du principe que le projet d'articles présenté a essentiellement valeur d'exposé. Il ne devrait pas être question à ce stade de le renvoyer, ou de renvoyer certains de ses articles, au Comité de rédaction. Assorti des commentaires des membres dont il sera rendu compte dans le rapport de la Commission, il a pour objectif de susciter l'intérêt des États, de provoquer leurs réactions. Les questions que pourront poser les membres aux gouvernements et, naturellement, les réponses de ces derniers auront une grande importance pour la suite des travaux sur le sujet.

59. Le PRÉSIDENT, revenant sur la question de la licéité ou de l'illicéité du recours à la force, considère que le projet d'article 10 ne traite pas véritablement cette question. Il se demande, en substance, si cet article n'aurait pas tendance à privilégier l'État belliqueux, lequel serait tenté de recourir à la force pour rendre caduc un traité qu'il a du mal à appliquer.

60. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que le projet d'article 10 est rédigé de manière quelque peu provocatrice, mais qu'il convient de le maintenir dans des limites précises. Il est possible selon lui de trouver un moyen terme entre le texte actuel et la position des membres qui seraient favorables à ce que la Commission codifie le recours légitime à la force. Comme M. Kolodkin et d'autres avant lui l'ont dit, il convient en effet de tenir compte du cas de la légitime défense, lequel pourrait faire l'objet d'une disposition spécifique.

61. M. DAOUDI considère, pour sa part, que la question de l'État agresseur reste ouverte.

62. M. ECONOMIDES dit que la question capitale est de savoir si la Commission doit traiter cette question en faisant abstraction de la mutation opérée par la Charte des Nations Unies ou bien en tenant compte de la Charte. La communauté internationale ne comprendrait pas que la Commission opte pour la première solution. Selon M. Economides, on ne peut traiter sur un pied d'égalité l'État agresseur et l'État qui exerce la légitime défense. La Commission a l'obligation d'établir une distinction entre les deux, la question étant de savoir quelles conséquences elle devra en tirer. Pour M. Economides, un État agresseur ne doit pas avoir le droit de suspendre un traité quel qu'il soit, alors que l'État qui exerce la légitime défense a le droit de suspendre uniquement les traités dont les dispositions ne sont pas compatibles avec la légitime défense.

63. M. GAJA se demande si la question évoquée, entre autres, par M. Kolodkin, à savoir qu'un conflit armé aura probablement plus d'effet sur certaines dispositions d'un traité que sur l'ensemble de celui-ci, n'est pas déjà couverte par l'article 8, compte tenu de la référence qui y est faite aux articles 42 à 45 de la Convention de Vienne.

64. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) le confirme. La question de la divisibilité des dispositions d'un traité, examinée plus longuement dans l'étude du Secrétariat, devra certainement figurer sous une forme ou une autre dans le projet d'articles.

La séance est levée à 12 h 50.

2838e SÉANCE

Vendredi 13 mai 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) [A/CN.4/552 et A/CN.4/550 et Corr.1 et 2]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. FOMBA félicite le Rapporteur spécial pour son excellent rapport (A/CN.4/552), qui constitue un tour

de force intellectuel, et remercie le Secrétariat pour son étude utile (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2).

2. S'agissant du cadre conceptuel et de la méthode d'approche du sujet, M. Fomba estime que les expressions « conflit armé », « traités » et « effets » posent des problèmes sémantiques et conceptuels, qu'il s'agisse de leur définition, de leur classement, de leurs conséquences ou de leur portée *ratione personae*, *materiae*, *temporis* et *loci*. Découlant de cela, et plus fondamentalement, se pose la question de savoir quels sont le point d'ancrage en droit international positif ou les perspectives de développement progressif du droit en ce qui concerne chacun de ces éléments.

3. Pour ce qui est de l'expression « conflit armé », se posent les questions de savoir s'il y a une définition universellement établie et acceptée, quel est l'état des lieux du droit international positif sur ce point, quel lien il y a entre le terme « conflit armé » et des termes ou expressions plus ou moins apparentés comme « guerre », « état de guerre », « hostilités » et « opérations armées », quelle systématisation peut être faite et quelle est la valeur de la distinction classique entre « conflit armé international » et « conflit armé interne » compte tenu de la nature des confits armés contemporains et des formes qu'ils prennent.

4. Quant au mot « traité », bien qu'il n'y ait pas réellement de problème de définition, des difficultés peuvent surgir lorsqu'il s'agit de classer les traités et d'en faire une typologie qui soit claire et généralement acceptable. De plus, la Convention de Vienne de 1969 ne contient aucune définition du mot « effets ».

5. On pourrait aussi se demander si l'on vise les effets « juridiques » ou les effets « extrajuridiques », c'est-à-dire « pratiques », des conflits armés sur les traités, ou les deux. Il faut se souvenir que les conflits armés ne sont pas des « actes juridiques » mais plutôt des « faits juridiques ».

6. Pour ce qui est de la portée *ratione personae*, il faut se demander si les effets sont limités aux États belligérants qui sont parties au traité ou si d'autres États sont également concernés. Quant à la portée *ratione materiae*, il faut se demander si les effets du conflit armé concernent l'ensemble du traité, certaines dispositions de celui-ci ou seulement les obligations qui en découlent.

7. Pour ce qui est du lien entre « conflit armé » et « traité », M. Fomba partage l'avis de Rousseau sur l'incompatibilité entre ces deux éléments, et sa conclusion selon laquelle il s'agit d'une situation complexe qu'il est difficile de systématiser par des formules d'ordre général (par. 37 du rapport). Cela dit, il faut s'efforcer de trouver de telles formules, quelles que soient les difficultés.

8. Certains paragraphes du rapport appellent des observations. En ce qui concerne les paragraphes 4 à 10, le Rapporteur spécial a bien fait de rappeler les conceptions théoriques qui sous-tendent le projet, même si la priorité accordée au critère de l'intention peut être contestable. Il serait néanmoins utile d'étudier toutes les thèses d'un point de vue strictement juridique mais aussi logique, pratique et fonctionnel. Le point de vue exprimé au paragraphe 6 du rapport pourrait alors être relativisé.

9. En ce qui concerne le paragraphe 10, si le Rapporteur spécial semble préférer que l'on traite du sujet dans le cadre du droit des traités, il semble tout aussi indiqué et prudent de réfléchir à la relation éventuelle avec d'autres matières comme le droit de la responsabilité. Quant à la démarche suivie, M. Fomba est globalement d'accord avec le point de vue exprimé par le Rapporteur spécial aux paragraphes 12 et 13.

10. S'agissant des projets d'article eux-mêmes et en premier lieu de l'article 2, alinéa *b*, M. Fomba pense comme le Rapporteur spécial que la Commission risque d'être considérablement retardée si elle recherche la sophistication (par. 16). À cet égard, il faut se souvenir des difficultés posées par l'élaboration d'une définition strictement juridique de la notion d'agression, et en particulier la définition du crime d'agression en droit pénal international[1]. Cela étant, il existe un consensus sur ce que recouvre la notion de conflit armé en droit international, même si les différents aspects de la question ne sont pas tous suffisamment clairs pour certains. La Commission devrait donc s'en tenir aux points de consensus, au regard de la doctrine et de la pratique conventionnelle, notamment celle découlant du droit des conflits armés. La Commission devrait retenir la définition la plus large possible, une définition qui englobe les conflits armés internationaux et internes, tout en demeurant ouverte à la possibilité de prendre en considération d'autres situations, par exemple le conflit israélo-palestinien. En dépit des questions qu'elle soulève, la définition proposée à l'alinéa *b* de l'article 2 constitue un bon point de départ pour les travaux.

11. Le Rapporteur spécial relève à juste titre que les conflits armés contemporains ont brouillé la distinction entre conflits armés internes et conflits armés internationaux (par. 17). Il faudrait se demander quelles sont la signification et les implications de la tendance actuelle à lier ces deux catégories du point de vue non seulement de leur portée réelle mais aussi de leur régime juridique. À cet égard, la remarque faite selon laquelle les conflits armés internes peuvent affecter l'application des traités autant, sinon plus, que les conflits armés internationaux est intéressante (par. 17). Le Rapporteur spécial a bien fait de se pencher sur la question de la licéité de l'emploi ou de la menace de la force dans la définition. Ce principe juridique fondamental, qui est à la base du projet, mériterait d'être abordé ailleurs.

12. L'article 3 est important, et M. Fomba souscrit à l'observation faite au paragraphe 28 selon laquelle, bien qu'il ne soit pas sans poser de problème, cet article constitue un point de départ utile et logique qui pose un fondement. Dans l'ensemble, son libellé actuel semble aller dans le bon sens. Mais il ne voit pas de différence fondamentale entre les expressions « *ipso facto* » et « nécessairement », même s'il préfère la première qui dénote la conséquence nécessaire que l'on infère d'un fait.

13. Pour ce qui est de l'article 4, le Rapporteur spécial privilégie le critère de l'intention, mais le décryptage de

[1] Voir *Annuaire… 1995*, vol. II (2e partie), chap. II, Projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, par. 60 à 73, p. 20 à 22, et *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), art. 16 et commentaire, p. 44 et 45.

cette notion renvoie en fait à d'autres critères. Il existe une manière subtile de relier des idées qui semblent a priori disparates. Si les critères définis dans la Convention de Vienne de 1969 sont relativement clairs, le critère de la nature et de l'ampleur d'un conflit armé ne semble pas aller de soi.

14. M. Fomba souscrit aux observations préliminaires faites par le Rapporteur spécial au paragraphe 45 et pense lui aussi qu'il est plus logique et plus cohérent de formuler un principe général sur la base de l'intention des parties en ce qui concerne tous les types de traités (par. 46). L'explication qui figure au paragraphe 47 est acceptable, à condition que l'approche adoptée soit aussi large que possible.

15. S'agissant de l'article 6, M. Fomba souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial figurant au paragraphe 61, à savoir que l'idée qu'un traité constituant un élément d'un différend est nul pour la seule raison qu'il fait partie des « causes » d'un conflit armé est inacceptable.

16. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial fait observer que la teneur du projet d'article 7 est, à strictement parler, superflue parce que le critère de l'intention est en principe d'application générale (par. 62), mais une telle disposition n'en est pas moins utile, étant donné l'importance du critère de l'objet et du but non seulement dans le mécanisme global de la Convention de Vienne de 1969 mais aussi aux fins de l'analyse de l'intention. Pour ce qui est du paragraphe 2 de l'article 7, on peut se demander si une telle liste est nécessaire et, dans l'affirmative, quelles sont les chances de parvenir au sein de la Commission à un consensus sur les catégories de traités à retenir. Une autre possibilité serait de traiter de la question dans le commentaire, en ne citant à titre d'exemple que les catégories de traités qui semblent soulever le moins de problèmes.

17. Pour ce qui est de l'article 10, il ne s'agit pas de traiter de la question de fond de la licéité de la menace ou de l'emploi de la force, ni des mécanismes de constatation et de mise en œuvre des règles du droit international général, mais plutôt de tirer les conséquences du caractère licite ou illicite du comportement des parties au conflit sur l'exercice du droit de mettre fin au traité ou d'en suspendre l'application. À l'évidence, l'État qui exerce son droit de légitime défense ne peut être placé sur le même plan que l'État qui commet un acte d'agression. Le libellé actuel de l'article 10 est loin d'être satisfaisant; *a contrario*, les articles 7 à 9 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international sont une bonne base de discussion[2].

18. Quant à la méthode de travail, étant donné les arguments avancés par un certain nombre de membres, il semble raisonnable de créer un groupe de travail qui sera chargé d'examiner le projet dans son ensemble afin de trouver des points de consensus avant de saisir le Comité de rédaction. Il ne semble guère judicieux de renvoyer tel ou tel article au Comité de rédaction au stade actuel.

19. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) convient qu'il serait prématuré de renvoyer des articles au Comité de rédaction. Il souhaiterait obtenir les observations des membres, puis celles des gouvernements. Compte tenu du débat très utile qui a eu lieu à la Commission et des réponses attendues de la Sixième Commission et des gouvernements, il sera à même d'établir un deuxième rapport, et la Commission pourra alors créer un groupe de travail ou commencer à renvoyer des articles au Comité de rédaction. Il lui semble inutile de créer un groupe de travail pour le moment. Il serait préférable de procéder plus lentement et d'utiliser son premier rapport, qui constitue un exposé de la question, afin de recueillir l'avis des gouvernements et de combler les lacunes en ce qui concerne la pratique récente. À cet égard, le Rapporteur spécial ne pense pas que la section de l'étude du Secrétariat, excellente à maints égards, consacrée à la pratique soit convaincante ou utile.

20. M. KABATSI dit que le Rapporteur spécial mérite les remerciements de tous les membres de la Commission pour avoir établi aussi rapidement non seulement un premier rapport définissant les grandes lignes de l'intégralité du sujet mais aussi une série complète de projets d'article. L'étude du Secrétariat est également utile et instructive. M. Kabatsi relève l'intention du Rapporteur spécial de solliciter des observations des gouvernements pour aider la Commission à accomplir sa tâche de codification et de développement progressif d'un domaine complexe et problématique du droit international. De fait, le projet du Rapporteur spécial porte déjà des fruits, à en juger par le débat animé qui a eu lieu et les propositions utiles faites pour améliorer le projet. Si le sujet est marqué par les incertitudes et les contradictions, il n'en est pas moins incontestablement important.

21. M. Kabatsi approuve la démarche proposée par le Rapporteur spécial, qui consiste à lier les conséquences des conflits armés sur les traités à l'intention des parties au traité, telle qu'arrêtée avant le début des hostilités, sur le point de savoir si les obligations contractées continueront d'être honorées, totalement ou partiellement, à titre temporaire ou de manière permanente. Il approuve la démarche consistant à suivre de près la logique de la Convention de Vienne de 1969. La Commission est mieux placée pour étudier le sujet qu'elle ne l'était en 1966, car elle était à l'époque plus soucieuse d'achever les travaux sur la Convention elle-même[3]. Il n'y a plus aucun risque de compromettre le projet relatif aux traités en s'arrêtant sur les incertitudes et les complications des effets des conflits armés sur les traités.

22. Il semble que l'on soit presque unanime à considérer que l'intention des parties est le critère le plus important s'agissant de l'extinction et de la suspension d'un traité en cas de conflit armé, même si des facteurs comme la nature et l'objet du traité et la nature et l'ampleur du conflit armé doivent être pris en considération. Toutefois, même les questions liées à la nature, au but et à l'objet du traité ont un lien avec l'intention qui était celle des parties lorsqu'elles ont élaboré et conclu le traité, et l'intention doit donc a fortiori être considérée comme le critère le

[2] *Annuaire*, vol. 61, t. 2 (session d'Helsinki, 1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283.

[3] Voir *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, deuxième partie, chap. II, par. 29, p. 192.

plus important. Malgré les tentatives faites, par exemple par le Secrétariat dans son étude (chap. III), pour classer les traités en fonction de leur probabilité d'applicabilité, l'intention des parties demeure l'élément déterminant.

23. Des problèmes se posent toutefois lorsque cette intention n'est pas expressément énoncée dans le traité lui-même et qu'elle doit être déduite de celui-ci. Même dans des cas qui semblent évidents, par exemple lorsqu'il s'agit de l'application des traités de droit humanitaire, des questions telles que l'impossibilité d'exécution en raison d'un conflit armé peuvent se poser, au moins à titre temporaire. M. Kabatsi pense avec M. Matheson que même dans la situation visée dans le projet d'article 7, on ne peut être totalement catégorique. Chaque situation doit être envisagée avec souplesse, au fur et à mesure que les événements se présentent pour chaque conflit armé particulier, étant entendu que le déclenchement d'un conflit armé ne met pas fin *ipso facto* à l'application des traités entre les parties ni même entre celles-ci et des États tiers, pas plus qu'il n'en suspend l'application, à certaines exceptions près.

24. Comme l'ont proposé le Rapporteur spécial et d'autres membres de la Commission, la définition de l'état de guerre devrait englober les situations dans lesquelles, bien qu'il n'y ait pas d'opérations armées en cours, les belligérants sont prêts à la guerre et les effets sont les mêmes; un blocus est un exemple d'une telle situation. Les effets des conflits internationaux et internes sur les traités, qui peuvent être sensiblement différents, et la notion de séparabilité, selon laquelle certaines obligations conventionnelles pourraient survivre à un conflit armé, doivent être étudiés plus avant.

25. Il sera de même difficile d'éviter de traiter à un certain niveau des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives à la licéité des conflits armés et aux conséquences de ceux-ci sur les traités. Le traitement de cette question doit être renforcé, compte tenu de la position adoptée par l'Institut de droit international dans sa résolution d'Helsinki. Le sujet soulève d'importantes questions de principe.

26. Quant à la manière dont la Commission doit procéder pour examiner les projets d'article, comme il ne semble guère y avoir de désaccord sur les principes qui sous-tendent certains articles, ceux-ci pourraient être renvoyés au Comité de rédaction, ce qui permettrait à la Commission de progresser rapidement. M. Kabatsi comprend néanmoins la position adoptée par le Rapporteur spécial sur la question, et il l'appuie.

27. M. KEMICHA remercie le Rapporteur spécial pour son excellent premier rapport ainsi que le Secrétariat pour son étude sur le sujet; tous les sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission devraient donner lieu à l'établissement d'un tel document.

28. Le premier rapport a suscité un débat fructueux, en mettant en lumière les questions fondamentales sur lesquelles le Rapporteur spécial devra se pencher avec l'aide de la Commission. L'une de ces questions fondamentales est la décision prise par le Rapporteur spécial de placer le sujet des effets des conflits armés sur les traités dans le cadre du seul droit des traités, et non dans celui du droit des conflits armés. M. Kemicha s'associe aux membres de la Commission qui ont évoqué les questions de licéité du recours à la force, de la distinction entre l'agresseur et l'agressé et des implications des conflits internes du point de vue du sort réservé aux traités. Le Rapporteur spécial doit tenir compte des observations faites à cet égard ainsi que des dispositions pertinentes de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international, sans toutefois rentrer dans la problématique du droit des conflits armés. L'exercice est certes périlleux, mais il est essentiel au succès du projet. Bien que le Rapporteur spécial ait évoqué ces questions au passage dans ses commentaires relatifs à l'article 2, il n'en a pas toujours tiré les conclusions nécessaires dans le texte des projets d'article.

29. L'autre question fondamentale est celle du poids excessif et exclusif que le Rapporteur spécial accorde à l'intention des parties dans le texte du projet d'article 4. Comme d'autres membres de la Commission, M. Kemicha estime qu'il est extrêmement difficile de déterminer « l'intention des parties au moment où [les traités] ont été conclus », pour reprendre les termes du paragraphe 1 du projet d'article 4. Ceci revient en effet à attribuer des pensées bien machiavéliques aux États qui négocient des traités, bien qu'on ne puisse nier que cela soit parfois justifié.

30. Les tenants du critère de l'intention ont dû assortir ce critère de présomptions renvoyant à la nature, à l'objet et au but des traités en cause, comme l'a fait le Rapporteur spécial au projet d'article 7, qui vise « les traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils continuent de s'appliquer durant un conflit armé ». Au paragraphe 63 de son rapport, il qualifie ces traités « d'exceptions au principe général fondées sur l'objet et le but du traité ». Le projet d'article 4 devrait être reformulé afin qu'il englobe ces différents critères et rende mieux compte de la réalité contemporaine et de la pratique des États.

31. Quant à la liste des 11 catégories de traités « dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils continuent de s'appliquer durant un conflit armé » qui figurent au paragraphe 2 du projet d'article 7, M. Kemicha rappelle l'observation de M. Matheson sur les dangers et les limites d'une telle énumération, même si le Rapporteur spécial a précisé que cette liste n'était pas exhaustive. Plutôt que de procéder par énumération, forcément problématique, il faudrait s'attacher à intégrer les critères mentionnés dans un nouveau projet d'article 4.

32. M^me^ XUE dit que le sujet des effets des conflits armés sur les traités doit être envisagé dans le cadre général du droit des traités. Elle rappelle que lors de la négociation de la Convention de Vienne de 1969, trois domaines, à savoir la succession d'États en matière de traités, la responsabilité de l'État pour manquement à des obligations conventionnelles internationales et les effets des conflits armés sur les traités avaient été délibérément laissés de côté[4]. Des ensembles complets de règles et principes juridiques ont depuis été élaborés et codifiés en ce qui concerne les deux premiers domaines. Bien que le dernier, les effets des conflits armés sur les traités, soit peut-être le plus complexe, il y a beaucoup d'enseignements à tirer des

[4] Ibid., par. 29 à 31.

débats qui ont eu lieu sur les deux premiers, car le sujet à l'examen est à de nombreux égards lié aux Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986 et au projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[5].

33. Lorsqu'elle codifie et développe le droit international des traités, la Commission doit envisager les relations conventionnelles aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix. Ces deux termes sont actuellement perçus comme relatifs, et la distinction entre le droit de la paix et le droit de la guerre n'est plus aussi tranchée; les relations conventionnelles sont donc inévitablement affectées par l'un comme par l'autre. Par exemple, si un conflit armé aboutit à un changement d'État ou à la dissolution d'un État, les règles de la succession s'appliqueront en matière de traités. Par contre, si le résultat est un changement de gouvernement, il est difficile de dire si c'est la règle de la continuité, les règles de succession, le principe *mutatis mutandis* ou la règle du changement fondamental de circonstances prévue à l'article 62 de la Convention de Vienne de 1969 qui s'applique. La pratique indique des solutions différentes, et on peut se demander si la Commission pourra, ou si elle devrait, tenter de donner de la cohérence à ces règles.

34. De plus, ayant défini les conséquences juridiques d'un manquement grave à des obligations internationales dans le cadre de la responsabilité de l'État, la Commission devrait peut-être examiner également les nouvelles règles conventionnelles sur les crimes internationaux dans le cadre du sujet à l'examen si ces règles s'appliquent également aux actes commis durant des conflits armés, parce que la réponse à la question de savoir si l'État concerné sera tenu responsable de ses actes au regard du droit international sera fonction du maintien en vigueur des conventions en cause durant les conflits armés. Le Rapporteur spécial renvoie aux dispositions de la Convention de Vienne de 1969 dans certains des projets d'article, et une étude plus poussée de leur applicabilité est peut-être bien nécessaire.

35. Une telle étude pourrait aussi contribuer à préciser la portée et à définir le contenu des projets d'article. L'objectif de la Commission devrait être d'assurer que les relations conventionnelles sont régies par les principes de la liberté du consentement, de la bonne foi et *pacta sunt servanda* en cas de conflit armé, de préciser les droits et obligations des États parties à un conflit armé ainsi que leurs relations avec les États tiers, dans l'intérêt de la sécurité et de la stabilité des relations internationales, et de déterminer les conséquences juridiques de l'interruption des relations conventionnelles du fait d'un conflit armé. Certaines des questions soulevées par des membres, par exemple celle de savoir s'il convient de traiter de l'emploi de la force dans le projet, sont dans une certaine mesure fonction des objectifs que poursuit la Commission dans le cadre du développement progressif et de la codification de ce domaine du droit international.

36. Mme Xue se félicite que le Rapporteur spécial présente en temps opportun un ensemble complet de projets d'article afin de susciter un débat et des réactions des gouvernements, et elle pense, elle aussi, qu'au stade actuel la Commission devrait poursuivre l'étude des questions de principe, car il serait prématuré de renvoyer l'un quelconque des projets d'article au Comité de rédaction. Le sujet est en évolution constante, non seulement parce que la nature des conflits armés modernes a considérablement changé, en particulier depuis la Seconde Guerre mondiale, mais aussi parce que le contenu du droit international et les régimes juridiques ont aussi considérablement évolué, ce qui influe directement sur divers aspects de la vie des États, même en temps de conflit armé, qu'il s'agisse d'un conflit interne ou d'un conflit international. La Commission doit avoir ces facteurs à l'esprit lorsqu'elle examine la pratique des États.

37. Mme Xue estime que l'introduction du rapport est très utile et elle se félicite de la brièveté et de la clarté du résumé des quatre théories qui sous-tendent la doctrine en la matière. Elle regrette néanmoins que le Rapporteur spécial n'ait pas pleinement expliqué pourquoi il préfère la troisième théorie, à savoir celle qui retient le critère de l'intention des parties au moment où elles ont conclu le traité. Elle se demande quel est le fondement empirique des diverses positions adoptées par la doctrine et pourquoi, si l'on tient compte des nombreuses exceptions prévues par chacune d'elles, elles ne semblent pas très différentes, de telle manière que, quelle que soit celle que l'on retient, les résultats ne seront pas nécessairement différents. Ce point devrait être examiné de manière plus approfondie.

38. S'agissant des projets d'article eux-mêmes, Mme Xue se demande pourquoi l'article premier ne vise pas les traités conclus avec des organisations internationales. Des raisons évidentes militent en faveur de l'inclusion de ces traités; par exemple, les traités sur les privilèges et immunités des organisations internationales devraient s'appliquer aux conflits armés dans lesquels du personnel et des missions de maintien de la paix des Nations Unies interviennent. Le projet d'article premier devrait indiquer clairement que les traités liant les belligérants à des organisations internationales continuent de s'appliquer durant les conflits armés. Il n'est nul besoin d'un projet d'article distinct pour les traités avec des organisations internationales.

39. L'expression « conflit armé » est définie à l'alinéa *b* du projet d'article 2 et Mme Xue comprend pourquoi le Rapporteur spécial propose d'inclure les conflits armés internes. Bien que de tels conflits survenus récemment sur une grande échelle aient entraîné des catastrophes humanitaires de même que l'interruption de relations internationales, notamment conventionnelles, dans un conflit armé ce sont souvent les intérêts d'une tierce partie, qu'il s'agisse ou non d'une partie neutre, qui sont en jeu. En visant simplement un « conflit » à l'alinéa *b*, et non un « conflit international », l'expression utilisée dans le texte de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international, le Rapporteur spécial élargit l'acception de l'expression « conflit armé ». Ainsi, au niveau interne, toute opération militaire lancée contre des forces rebelles ou même des organisations criminelles pourrait affecter des relations conventionnelles dans des domaines tels que le commerce, les contrôles aux frontières, la

[5] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 à 153.

coopération douanière ou la lutte contre le trafic de stupéfiants. M^me^ Xue doute que telle soit l'intention de la Commission. Même s'il n'est pas possible d'élaborer une définition parfaite de l'expression « conflit armé », le libellé actuel doit être affiné. On peut aussi craindre qu'en retenant la notion de « blocus », même en l'absence d'opérations militaires entre les parties, dans son rapport (par. 16), le Rapporteur spécial ne définisse de nouveau trop largement l'expression « conflit armé ».

40. De surcroît, la détermination du maintien en vigueur des traités existants durant les conflits armés affecte directement la responsabilité de l'État, parce que si l'État partie au conflit armé manque à ses obligations conventionnelles, sa responsabilité sera engagée en droit international. Au plan interne, par contre, le principe de l'abrogation devrait peut-être prévaloir, moyennant certaines exceptions. Pour le moment, M^me^ Xue estime que les effets des conflits armés internes sur les traités devraient être envisagés séparément.

41. Elle approuve le principe énoncé dans le projet d'article 3 en ce qui concerne l'extinction ou la suspension de l'application *ipso facto* mais estime que là encore les traités conclus avec des organisations internationales devraient être visés. Un principe du droit international reconnu depuis longtemps et renforcé par la pratique contemporaine des États est que le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas nécessairement l'extinction des traités ni la suspension de leur application. Sauf indication contraire, les États considéreront qu'il est dans leur intérêt de maintenir les relations conventionnelles, ce qui est conforme à la proposition générale relative aux critères de l'intention et constitue une bonne base théorique pour le débat sur les effets des conflits armés sur les traités. Ce principe devrait donc être clairement énoncé dans le projet d'article.

42. S'agissant du projet d'article 4, M^me^ Xue convient qu'en principe l'intention des parties devrait prévaloir pour décider si un traité demeure applicable durant ou après un conflit armé, mais elle estime que le libellé actuel pourrait être amélioré sur certains points. Pour déterminer l'intention des parties, la nature et l'objet du traité et ses dispositions sont aussi pertinents. Non seulement il faut se placer au moment de la conclusion du traité, mais les mesures prises ultérieurement en application du traité, y compris après le déclenchement du conflit, doivent aussi être prises en considération. L'élément intentionnel, s'il est lié à la nature et à l'ampleur du conflit armé en question, ne devrait pas se limiter à l'intention au moment où le traité est conclu. Ceci est particulièrement vrai s'agissant de déterminer si les parties avaient l'intention de mettre fin au traité ou d'en suspendre l'application en cas de conflit armé. Dans la pratique, durant les conflits armés, les États n'expriment pas leur intention en ce qui concerne l'application des traités en vigueur. Cette intention doit être présumée à partir de facteurs tels que le contexte dans lequel le traité est appliqué, les termes du traité, les caractéristiques du conflit armé et la pratique conventionnelle des parties concernées. Le libellé actuel laisse trop de place à l'interprétation subjective et sera difficile à appliquer.

43. En ce qui concerne le projet d'article 5, deux points appellent des explications. Premièrement, M^me^ Xue ne voit pas à quoi sert le mot « licites » qui figure au paragraphe 1; s'il signifie que les parties doivent respecter les règles conventionnelles existantes pour formuler un nouveau traité ou que le traité doit être régi par le droit international, il est superflu. Deuxièmement, en ce qui concerne la compétence des parties au conflit armé pour conclure des traités, certaines règles, comme celles énoncées dans les conventions internationales de droit humanitaire, sont considérées comme des normes impératives du droit international. Les États parties ne peuvent se soustraire à leurs obligations juridiques au moyen d'accords bilatéraux. M^me^ Xue se demande si le Rapporteur spécial a l'intention de se pencher sur cette question. Dans la pratique contemporaine du droit international, la compétence des États pour conclure des traités en temps de conflit armé est rarement contestée, mais le contenu des traités ainsi conclus pourrait être examiné à la lumière du droit relatif aux droits de l'homme, du droit humanitaire et du droit pénal international.

44. Si le projet d'article 6 vise les situations dans lesquelles les États recourent au conflit armé pour régler un différend territorial et appuient leurs prétentions territoriales au moyen d'interprétations différentes d'un traité sur le statut du territoire concerné, on peut douter qu'il soit réellement nécessaire, puisque le principe applicable est celui du règlement pacifique des différends internationaux plutôt que celui du maintien de relations conventionnelles stables.

45. Le Rapporteur spécial devrait expliquer la relation entre les projets d'articles 7 et 3. Si le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application, comme indiqué au projet d'article 3, il ne sert à rien de tenter de dresser une liste exhaustive de catégories de traités en fonction de leur prédisposition à l'applicabilité en cas de conflit armé. De plus, aux fins du projet d'articles, c'est la nature des traités qu'il faut examiner plutôt que leur classement en fonction de la matière dont ils traitent. La Commission pourrait envisager une approche similaire à celle adoptée dans le cadre de la responsabilité de l'État en ce qui concerne la nature ou la hiérarchie des règles internationales.

46. Le projet d'article 8, relatif au mode de suspension de l'application ou d'extinction d'un traité, doit être examiné en même temps que le projet d'article 13 relatif aux cas d'extinction ou de suspension. La relation entre ces deux dispositions n'est pas claire, et les circonstances particulières prévalant dans un conflit armé risquent d'empêcher les parties, pour mettre fin à un traité ou en suspendre l'application, de suivre la même procédure qu'en temps de paix.

47. L'idée de lier la reprise de l'application des traités dont l'application a été suspendue à l'intention des parties au moment où le traité a été conclu comme le fait le paragraphe 1 du projet d'article 9 est problématique pour les raisons déjà exposées au sujet du projet d'article 4.

48. S'agissant de la question de la licéité de l'emploi de la force, il est possible d'améliorer les projets d'articles 10 et 11 à la lumière de l'article 7 de la résolution d'Helsinki

de l'Institut de droit international. L'observation du Rapporteur spécial, au paragraphe 122 de son rapport, selon laquelle « [e]n l'absence d'une autorité reconnue pour constater l'illicéité, l'affirmation unilatérale de l'illicéité aurait un caractère intéressé et porterait atteinte à la stabilité des relations » constitue un argument très valide, mais le libellé du projet d'article 10 donne l'impression que la licéité du comportement des parties au conflit armé n'a rien à voir avec les relations conventionnelles. Une telle interprétation serait contraire aux principes fondamentaux du droit international. De plus, le projet d'article 11 ne vise que les décisions prises par le Conseil de sécurité en application des dispositions du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, alors que d'autres mesures prises par l'Organisation des Nations Unies pour maintenir la paix et la sécurité internationales, par exemple l'adoption par l'Assemblée générale de la résolution 377 (V) en date du 3 novembre 1950, « L'Union pour le maintien de la paix », peuvent aussi affecter les relations conventionnelles.

49. M. MANSFIELD dit que le premier rapport du Rapporteur spécial oblige la Commission à se prononcer d'emblée sur les questions de principe fondamentales qu'implique le sujet complexe des effets des conflits armés sur les traités. Le Rapporteur spécial doit être félicité d'avoir présenté un ensemble complet de dispositions, une manière de procéder qui non seulement donne un aperçu exhaustif du sujet mais présente également un intérêt pratique pour les services juridiques des ministères des affaires étrangères qui commencent à s'y intéresser.

50. Un point ressort très clairement du rapport et de l'étude du Secrétariat sur le sujet: la codification en la matière présente un intérêt considérable en ce qu'elle contribuera à dissiper les incertitudes significatives qui découlent en grande partie de la pratique dans un autre domaine. Aussi bien le rapport que l'étude indiquent très clairement l'objectif général qui sous-tend l'entreprise, à savoir limiter, afin de promouvoir la sécurité des relations juridiques entre États, les cas dans lesquels un conflit armé a un effet sur les traités. S'il ne peut qu'appuyer cet objectif, M. Mansfield pense néanmoins que pour en articuler le fondement, on aurait pu s'appuyer davantage sur l'interdiction de l'emploi de la force figurant dans la Charte des Nations Unies, et que la doctrine et la pratique antérieures devraient être examinées à la lumière de la Charte. Une telle approche n'est en aucune manière contraire à l'opinion du Rapporteur spécial, que M. Mansfield partage, à savoir que le sujet relève du droit des traités.

51. Le Rapporteur spécial a pour l'essentiel incorporé l'objectif général susmentionné dans les projets d'articles 3 et 4, combinés avec le projet d'article 7, en associant la proposition générale selon laquelle un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application à l'idée centrale selon laquelle tout effet qu'un conflit peut avoir sur les traités dépend de l'intention des parties, et que si cette intention n'est pas claire, des déductions peuvent être faites à cet égard à partir de l'objet et du but du traité concerné et de la catégorie à laquelle il appartient.

52. M. Mansfield est moins préoccupé que certains des membres qui l'ont précédé par la question de savoir si davantage de documents relatifs à la pratique antérieure, y compris la jurisprudence des tribunaux internes, seront nécessaires pour convaincre les gouvernements d'accepter une codification du droit sur la base de telles propositions. Ce qui importe est l'utilité qu'auront les projets d'article dans la pratique. M. Mansfield se demande en particulier s'ils seront pertinents face au type de conflits armés que connaît le monde contemporain. Aussi bien le rapport que l'étude du Secrétariat indiquent que la distinction entre conflit international et conflit interne s'est brouillée, et il est clair que quel que soit le texte que la Commission adoptera, il devra être applicable aux conflits « hybrides » qui ne peuvent être classés comme « international » ou « interne ». Même si cela ne signifie pas que la Commission doit tenter d'établir une définition définitive de l'expression « conflit armé », ou que les effets des diverses formes de conflit sur les traités sont uniformes, cela signifie bien que la définition figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 2 doit être remise sur le métier. À cet égard, M. Mansfield partage l'opinion de ceux qui ont souligné que les effets des conflits armés peuvent être différents pour les États qui sont parties au conflit et pour ceux qui ne le sont pas. Il ne voit aucune raison d'exclure les traités auxquels des organisations internationales sont parties du champ d'application du projet d'articles.

53. Une autre question qui vient à l'esprit lorsque l'on envisage l'utilité pratique du projet d'articles est celle de savoir s'il aide à distinguer entre les traités qui sont affectés par les conflits armés et ceux qui ne le sont pas. Cette question soulève quant à elle une question sur laquelle de nombreux intervenants se sont arrêtés lors du débat, à savoir celle de la détermination de l'intention des parties. Qu'il soit ou non justifié d'établir une intention fictive, on peut douter sérieusement de l'utilité du recours à des catégories de traités pour déterminer quelles obligations conventionnelles survivent à un conflit armé. Même si l'on peut se mettre d'accord sur les catégories en question, elles risquent de n'être guère utiles en pratique, étant donné l'incroyable diversité des traités et la diversité et la complexité des dispositions des traités appartenant à la même catégorie générale. Peut-être serait-il plus utile de recenser les facteurs pouvant être pertinents s'agissant de savoir si un traité ou une disposition conventionnelle demeure en vigueur, comme l'a proposé M. Matheson, ou d'examiner les intérêts en jeu dans l'applicabilité ou la non-applicabilité de dispositions conventionnelles, comme l'a proposé M. Koskenniemi. Quoi qu'il en soit, si la Commission veut que le résultat de ses travaux sur le sujet soit d'actualité et pratique, il sera nécessaire de procéder à une forme ou une autre d'analyse théorique, peut-être avec l'aide du Secrétariat, et de tester les résultats d'une telle analyse au regard de la pratique des États, en particulier la pratique récente. Une analyse théorique aiderait la Commission à éviter de simplifier les choses à l'excès ou d'omettre des questions importantes.

54. Il est important de préciser que, comme le Rapporteur spécial l'a confirmé, le projet d'article 8 vise les cas de suspension ou extinction partielle. Il faut aussi prendre acte de la possibilité de suspendre l'exécution ou d'abroger des dispositions qui sont incompatibles avec l'exercice de la légitime défense. À cet égard, tel qu'actuellement libellé, le projet d'article 10 est quelque peu préoccupant.

55. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) souligne que les catégories de traités énumérées au paragraphe 2 du projet d'article 7 reflètent la doctrine sur le sujet, même s'il a pris personnellement l'initiative de faire figurer les traités relatifs aux droits de l'homme dans cette liste, car ces traités constituent en fait une extension de la protection ménagée aux individus par les traités bilatéraux d'amitié, de commerce et de navigation. Bien que la Commission puisse décider de ne pas utiliser la méthode consistant à classer les traités en catégories, puisque aussi bien elle peut étudier l'objet et le but des traités sans les classer, le Rapporteur spécial estime qu'elle devrait peut-être accorder une attention particulière à au moins une ou deux des catégories énumérées. Par exemple, les catégories *b*) et *c*) reposent sur une pratique des États extrêmement abondante et sont depuis longtemps reconnues relativement aux effets de la guerre sur les traités, et l'expérience des tribunaux internes est étroitement liée aux traités d'amitié, de commerce et de navigation.

56. M. Sreenivasa RAO dit que ne pas utiliser de catégories du tout n'aiderait pas la Commission. Il faut plutôt trouver un moyen d'indiquer que la liste des catégories est donnée à titre d'exemple.

57. M. KOSKENNIEMI pense avec M. Sreenivasa Rao qu'il ne faut pas faire l'économie des catégories. Non seulement elles reflètent la doctrine, comme l'a fait observer M. Brownlie, mais elles sont retenues par la doctrine pour de bonnes raisons, et leur inclusion devrait donc être expliquée. Toutefois, la Commission n'est pas confrontée à une alternative: elle ne doit pas choisir entre faire figurer des catégories ou donner des critères. Les deux approches peuvent être combinées, et la Commission pourra souhaiter relever qu'il est des catégories qui pour de bonnes raisons sont devenues si bien établies qu'elles peuvent être énumérées comme telles, tout en expliquant également les critères qui ont abouti à l'identification de ces catégories.

58. M. MANSFIELD dit qu'il n'a pas proposé de supprimer totalement les catégories. C'est simplement qu'il ne pense pas que la Commission puisse se mettre d'accord sur les catégories tant qu'une analyse théorique digne de ce nom n'a pas été menée pour établir le raisonnement qui sous-tend le classement en catégories. Pour cela, un échantillon représentatif de traités devrait être étudié pour identifier les traités ou les dispositions conventionnelles qui méritent de survivre et les regrouper en catégories sur la base de leurs points communs.

59. M. CHEE dit que la question semble être de savoir s'il convient d'élargir les catégories de traités. Le Rapporteur spécial a pris un bon départ avec le paragraphe 2 du projet d'article 7, sur la base duquel la Commission pourrait poursuivre son analyse.

60. M^me^ XUE dit que si la démarche adoptée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 7 est très utile, la Commission devrait examiner attentivement les catégories de traités énumérées dans cette disposition afin de déterminer quelles considérations de principe les sous-tendent. Le projet d'article 3 indique que le déclenchement d'un conflit armé ne met pas fin aux traités ni n'en suspend l'application, tandis que le projet d'article 7 dispose que les effets d'un conflit armé n'empêcheraient pas en tant que tels l'application de certains traités. M^me^ Xue souhaiterait des explications supplémentaires sur la distinction à laquelle le Rapporteur spécial songeait lorsqu'il a élaboré le projet d'article 7.

61. À cet égard, certains aspects des considérations de principe qui sous-tendent les règles de la responsabilité de l'État méritent d'être examinés. Si le rangement dans des catégories sur la base de la matière peut être contestable, ceci ne signifie pas qu'on ne puisse tenter d'autres types de classement. Il semble que chacun considère que certains domaines sont particulièrement pertinents, mais il serait très difficile de se mettre d'accord sur le point de savoir quels domaines, éléments ou principes spécifiques doivent être distingués. Quoi qu'il en soit, la Commission n'est pas encore en mesure de décider si elle souhaite ou non faire figurer un classement des traités en catégories dans le texte du projet d'articles. Elle doit d'abord décider quels sont ses objectifs lorsqu'elle élabore le projet d'articles.

62. M. ECONOMIDES dit qu'avant d'examiner les catégories ou la liste d'accords relevant du projet, la Commission doit régler une question d'importance capitale, à savoir quelle partie a le droit de demander qu'il soit mis fin au traité ou que l'application en soit suspendue. Un État agresseur peut-il faire cela? Dans la pratique moderne, chacun admet qu'un acte d'agression, qui est un fait illicite, ne peut produire d'effet juridique. Donner à un État agresseur le droit de suspendre l'application de certains traités ou d'y mettre fin reviendrait à se faire le complice d'un fait illicite. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État visait précisément à faire tout ce qui est possible pour mettre fin aux faits illicites. Si elle posait maintenant des règles susceptibles d'aider les États à commettre des faits illicites, la Commission irait à l'encontre du droit international général. M. Economides ne saurait acquiescer à l'élaboration d'une liste susceptible d'aider un État agresseur, mais une liste utile aux États exerçant leur légitime défense serait acceptable.

63. M. MATHESON explique que ses observations ont été mal comprises et qu'il ne méconnaît pas la mesure dans laquelle la pratique des États a affecté divers types de traités ou de dispositions conventionnelles: à l'évidence, cela est important. Ce à quoi il s'oppose, c'est que l'on fasse reposer la continuité des obligations conventionnelles sur l'appartenance du traité en cause à telle ou telle catégorie figurant dans une liste relativement arbitraire. À l'évidence, les traités appartenant à une même catégorie sont très divers, leurs dispositions sont diverses tout comme les circonstances dans lesquelles ils ont été conclus, et il faut tenir compte de tout cela. À mesure que la Commission progressera dans l'examen du sujet, elle trouvera le moyen de prendre en considération la pratique en ce qui concerne différents types de dispositions conventionnelles sans faire appel à une structure rigide reposant sur un classement en catégories, mais en mettant l'accent sur les facteurs et politiques sous-jacents.

64. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il aurait dû expliquer beaucoup plus clairement dans son commentaire du projet d'article 7 que l'effet des catégories est simplement de créer une présomption réfragable. Les catégories sont une série de présomptions juridiques

faibles attestant l'objet et le but de certains types de traités à l'effet qu'ils survivent à une guerre. De plus, ce n'est pas seulement lors du déclenchement d'une guerre ou de la conclusion d'un traité que certains problèmes sont recensés comme des questions juridiques: il faut souvent de nombreuses années pour faire le « ménage juridique » après un conflit armé majeur.

65. M. NIEHAUS dit que si certains membres ont reproché au Rapporteur spécial de ne pas présenter une étude du sujet suffisamment approfondie et d'adopter une approche trop prudente ou abstraite, il pense quant à lui exactement le contraire. Le Rapporteur spécial a présenté un rapport stimulant qui invite à l'analyse et au débat, ce qui est après tout l'objectif principal d'un premier rapport. Il a clairement exposé l'incertitude qui a pendant longtemps marqué le traitement du sujet par la doctrine. C'est pourquoi la Commission doit demeurer prudente et procéder lentement. M. Niehaus pense comme M. Economides qu'elle devrait, comme il s'agit d'un sujet difficile et sensible, commencer par un débat général visant à clarifier les grands principes et problèmes.

66. Le premier point que M. Niehaus tient à souligner concerne le rôle essentiel que joue l'intention des parties s'agissant de déterminer les effets d'un conflit armé sur un traité. Dans les projets d'articles 4, 6 et 9, le Rapporteur spécial vise fréquemment l'intention. Or il est difficile d'établir l'intention, et il aurait fallu mieux expliquer comment cette notion doit être interprétée sur la base non seulement des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, mais aussi compte tenu de la doctrine.

67. L'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 4 cite la « nature et l'ampleur du conflit armé » comme un facteur permettant de déterminer l'intention des parties. Bien que cette démarche bénéficie d'un certain appui en doctrine, on comprend mal quelle est la relation entre l'intention et la nature du conflit. La Commission peut-elle accepter que la nature et l'ampleur d'un conflit armé déterminent l'intention des parties, laquelle existait lorsque le traité a été conclu et est donc antérieure au conflit? N'est-ce pas l'intention réelle, au lieu d'une intention présumée, que la Commission cherche à déterminer? Dans quelle mesure l'intention peut-elle être clairement exprimée avant l'éclatement d'un conflit armé? Que se passe-t-il s'il n'y a pas eu d'intention à cet égard? M. Gaja a déjà souligné comme il était difficile de déterminer l'intention. Pour M. Niehaus, l'ensemble du sujet doit être examiné et analysé plus exhaustivement.

68. Une autre question qui doit être mieux expliquée est celle de la distinction entre conflits internationaux et conflits internes. Bien que la doctrine contemporaine tende à assimiler les uns aux autres, en raison en particulier de la présence de facteurs externes dans les guerres dites « civiles », M. Niehaus ne pense pas que cela soit justifié. Les effets et les conséquences des deux types de conflit sont différents. D'où la nécessité d'une définition plus large de l'expression « conflit armé ». Il est aussi nécessaire de distinguer entre une partie qui participe à un conflit armé en violation du droit international et une partie qui le fait dans l'exercice de son droit de légitime défense conformément aux dispositions de la Charte des Nations Unies. De surcroît, il faut éclaircir la situation des tierces parties. Les termes « continuité », « suspension » et « extinction » n'ont pas été définis et ils doivent être mieux expliqués, non seulement relativement au traité dans son ensemble, mais aussi relativement aux diverses sections et dispositions du traité.

69. En conclusion, M. Niehaus exprime l'espoir que toutes les observations faites sur le premier rapport aideront le Rapporteur spécial dans l'établissement de son deuxième rapport. Comme le Rapporteur spécial l'a souligné, les projets d'article présentés ont valeur d'exposé et le moment n'est donc pas encore venu de les renvoyer au Comité de rédaction. La Commission doit continuer à enrichir le sujet par ses contributions afin d'obtenir des réactions des États.

70. M. KATEKA relève que le Rapporteur spécial a manifesté une préférence opérationnelle pour des projets d'article, sans préjudice de la forme finale que prendrait l'instrument, et qu'il souhaite ajourner l'examen du règlement pacifique des différends jusqu'à la fin des travaux sur le sujet. Étant donné la difficulté de celui-ci, cette approche semble judicieuse.

71. Aucun des projets d'article ne contient de dispositions comparables à celles qui figurent à l'article 6 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international, qui dispose qu'un traité constitutif d'une organisation internationale n'est pas affecté par l'existence d'un conflit armé entre certaines des parties à ce traité. M. Kateka souhaiterait connaître la raison de cette omission, car les effets d'un conflit armé peuvent s'étendre à une organisation internationale. Un exemple évident est la participation de l'Organisation des Nations Unies à des activités militaires dans certaines parties de l'ex-Yougoslavie.

72. La définition de l'expression « conflit armé » qui figure à l'alinéa *b* de l'article 2 a suscité une controverse, certains membres souhaitant la limiter aux conflits armés internationaux, d'autres pensant qu'elle doit également couvrir les conflits internes. M. Kateka appuie cette dernière approche. Depuis la fin de la Seconde Guerre mondiale, il y a eu davantage de conflits internes que de conflits internationaux et les conflits internes ont en fait tué davantage d'êtres humains. Il est indiqué aux paragraphes 146 et 147 de l'étude du Secrétariat que, pour être complète, une étude des effets des conflits armés sur les traités ne saurait méconnaître les hostilités internes, qui peuvent affecter et affectent les traités internationaux. Des éléments des définitions de l'expression « conflit armé » utilisées dans l'affaire *Tadić*, qui figure à l'alinéa *f* du paragraphe 2 de l'article 8 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale (« … [les] conflits armés qui opposent de manière prolongée sur le territoire d'un État les autorités du gouvernement de cet État et les groupes armés organisés ou des groupes organisés contre eux »), et le commentaire du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Genève de 1949 pour l'amélioration du sort des blessés et des malades dans les forces armées en campagne (« [t]out différend surgissant entre deux États et provoquant l'intervention des membres des forces armées… »[6]) peuvent être utilisés pour améliorer la définition figurant à l'alinéa *b* du projet d'article 2.

[6] Pictet, Jean S. (dir. publ.), *Les Conventions de Genève du 12 août 1949, Commentaire*, vol. I, Genève, CICR, 1952, p. 34.

73. Une question connexe est celle de la participation d'acteurs non étatiques à des conflits. Lorsqu'il a présenté son rapport, le Rapporteur spécial a évoqué les unités irrégulières et les milices parfois incorporées dans la structure des armées régulières. Une autre question est de savoir si l'expression « conflit armé » doit englober la lutte contre les organisations terroristes.

74. Le Rapporteur spécial a indiqué au paragraphe 23 de son rapport et lorsqu'il a présenté ce dernier que la licéité de l'emploi ou de la menace de la force n'était pas directement envisagée et que le projet d'article 10 visait à couvrir cette question. Cette approche semble juste. Si elle tentait de développer la question, la Commission risquerait en effet d'aboutir à une impasse, comme si elle tentait, comme l'ont proposé certains membres, d'examiner certaines situations d'occupation belligérante comme la situation concernant Israël et la Palestine. Les travaux doivent être axés sur le droit des traités et non sur le droit de la guerre.

75. Le projet d'article 3 devrait être abrégé afin qu'il corresponde mieux au libellé de l'article 2 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international. Le projet d'article 4 met l'accent sur l'intention. Un membre de la Commission a décrit l'intention comme étant une fiction, et un autre a proposé que ce critère soit associé à celui de la nature du traité. L'étude du Secrétariat propose de combiner le critère de l'intention avec celui de la compatibilité avec la politique durant un conflit armé (par. 11). Au paragraphe 29 de son rapport, le Rapporteur spécial déclare que le principe de l'intention est complété par une série de présomptions concernant l'objet et le but des traités. Pourtant, dans la réalité, la Commission ne peut éviter, pour ce qui concerne l'extinction des traités ou la suspension de leur application, de donner la prééminence à l'intention des parties.

76. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 classe les traités en catégories. Cette démarche n'est pas inutile, mais elle est aussi controversée. M. Kateka estime quant à lui que la catégorie des traités relatifs à l'environnement devrait figurer dans la liste, alors que le Rapporteur spécial estime que le sujet est trop fragmenté. Au paragraphe 160 de son étude, le Secrétariat vise les traités relatifs aux emprunts entre gouvernements. Pour M. Kateka, c'est à juste titre que le Rapporteur spécial n'a pas fait figurer cette catégorie dans la liste. D'autre part, il pense lui aussi que sont maintenus en vigueur les traités relatifs aux droits de l'homme auxquels il est interdit de déroger, les conventions sur les relations diplomatiques et consulaires et les traités relatifs au règlement pacifique des différends. Ainsi, certaines des catégories énumérées à l'article 7 devraient être revues ou renvoyées dans le commentaire.

77. En conclusion, M. Kateka indique que s'il était initialement favorable à la création d'un groupe de travail qui serait chargé d'examiner les projets d'article, il est maintenant prêt à se ranger à l'avis du Rapporteur spécial, qui préfère que le sujet soit au préalable renvoyé aux États pour observations. Il appuie également ceux qui souhaitent renvoyer certains des projets d'article au Comité de rédaction. Il soupçonne ceux qui sont opposés à une telle manière de procéder de craindre de créer ainsi un précédent. Puisque le Rapporteur spécial lui-même n'est pas favorable à une telle démarche, il est sans doute préférable d'attendre le deuxième rapport avant de renvoyer des textes au Comité de rédaction.

78. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il n'est pas opposé à la création d'un groupe de travail à un stade ultérieur, mais il espère qu'avant cela la Commission aura pu recueillir les impressions des gouvernements et de la Sixième Commission.

La séance est levée à 13 heures.

2839e SÉANCE

Mardi 17 mai 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Effets des conflits armés sur les traités (*suite*) [A/CN.4/552 et A/CN.4/550 et Corr.1 et 2]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. YAMADA relève tout d'abord que tous les types de traités sont, semble-t-il, visés par l'étude en cours ainsi qu'il ressort des projets d'articles 1 et 2. Or certains traités régissant les règles de la guerre ou les règles de combat, comme les Conventions de La Haye et de Genève, bien que négociés, conclus et techniquement applicables en temps de paix, ne s'appliquent qu'en période de conflit armé. Ils n'entrent pas dans les catégories de traités évoquées au paragraphe 1 du projet d'article 7, puisqu'ils ne s'appliquent pas en temps de paix et ne peuvent donc « continue[r] de s'appliquer durant un conflit armé ». Lorsqu'ils entrent en vigueur, ils s'appliquent de la même manière aux États belligérants, qu'il s'agisse des agresseurs ou des États qui exercent leur droit à la légitime défense ou sont intervenus avec l'autorisation du Conseil de sécurité de l'ONU. M. Yamada pense que cette catégorie de traités devrait être exclue d'emblée du champ d'application du projet, tout en admettant qu'il est en réalité difficile de la définir et de la séparer des autres catégories.

2. Reconnaissant que les pratiques des États avant la Seconde Guerre mondiale n'ont à ce jour perdu ni leur importance ni leurs effets, M. Yamada pense cependant que l'interdiction du recours à la force énoncée par la Charte des Nations Unies a influencé les droits et obligations des États en matière d'application de traités

et souhaite que les pratiques actuelles soient étudiées, notamment celles qui ont cours en Asie, au Moyen-Orient et en Afrique.

3. En ce qui concerne le projet d'article 10, M. Yamada croit comprendre qu'il fait abstraction de la licéité du comportement des parties. Selon les règles de la guerre, la licéité d'un conflit armé ne doit pas être prise en compte, mais il doute que ce soit le cas en ce qui concerne l'extinction ou la suspension des autres catégories de traités, car cela serait contraire aux règles de la Convention de Vienne de 1969. Celle-ci ne traite évidemment pas des conflits armés mais distingue les États auteurs d'une violation d'une obligation des autres et ses articles 60, 61, paragraphe 2 et 62, paragraphe 2, alinéa *b* interdisent aux premiers d'abroger ou de suspendre des traités.

4. Comme de nombreux membres de la Commission, M. Yamada pense que l'intention des parties au moment où le traité a été conclu, mentionnée dans le projet d'article 4, pourrait ne pas avoir existé dans de nombreux cas ou serait du moins très difficile à prouver même si elle existait. La détermination de cette intention conformément au paragraphe 2 du projet d'article risque donc d'être subjective. M. Yamada estime qu'il faudrait peut-être distinguer entre l'extinction et la suspension. La Convention de Vienne sur le droit des traités les envisage ensemble, car elle traite des éléments qui justifient l'extinction ou la suspension, alors que la Commission s'intéresse aux effets des conflits sur les traités. En l'espèce, la suspension semble plus pertinente. Le Japon par exemple n'a pas abrogé la plupart des traités pendant la guerre, ni pris pour les suspendre des décisions officielles qu'il aurait ensuite annulées: en réalité, l'application des traités a été suspendue de facto. Croyant comprendre que, selon le Rapporteur spécial, la survenance d'un conflit armé ne suffit pas en elle-même à abroger ou à suspendre les traités et qu'il est nécessaire de prendre des mesures à cette fin, M. Yamada, qui n'a pas d'objection quant au principe, se demande si telle est bien la pratique des États et note qu'il faudrait également prendre en considération la suspension partielle des traités.

5. Il conviendrait peut-être aussi d'établir une distinction entre les traités bilatéraux et les traités multilatéraux. Les traités multilatéraux normatifs jouant désormais un rôle accru, il faudrait réunir davantage d'informations sur la pratique dans ce domaine. En outre, compte tenu de l'importance croissante des activités des particuliers et des entités privées dans les relations internationales et des nombreux traités qui régissent leurs droits, il faudrait également étudier l'incidence des conflits armés sur ces droits.

6. Abordant deux points précis du rapport, M. Yamada, pensant qu'au paragraphe 67, le Rapporteur spécial fait sans doute référence au Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, dans l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, dit qu'il souscrit à la conclusion du Conseiller juridique du Département de la défense des États-Unis, sinon à son raisonnement. En effet, cet instrument est un traité de désarmement, qui s'inscrit dans une catégorie particulière de traités dont l'objet et le but, qui sont de réduire les risques et d'éviter les conflits armés, disparaissent en cas de conflit armé, de sorte que même si ces traités ne s'éteignent pas, leur exécution devient impossible, comme il est prévu à l'article 61 de la Convention de Vienne de 1969.

7. Enfin, relevant que le Rapporteur spécial mentionne que les traités relatifs aux cours d'eau internationaux et installations et ouvrages connexes à l'alinéa *f* du paragraphe 2 du projet d'article 7 et cite l'article 29 de la Convention de 1997 sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation au paragraphe 97 du rapport, M. Yamada, qui a pour sa part élaboré un projet d'article 20 relatif à la protection des aquifères et des installations et ouvrages connexes en temps de conflit armé (A/CN.4/551, par. 42), exprime l'espoir qu'il inclura les eaux souterraines dans son projet d'article 7.

8. M. CHEE, notant que le Rapporteur spécial semble ne retenir que l'intention comme critère permettant de déterminer si un traité survit ou non à une guerre, dit que, d'après la jurisprudence, le critère de la compatibilité semble également assez bien accepté. Ainsi, dans l'affaire *Techt c. Hughes*, le juge Cardozo a estimé que les dispositions compatibles avec un état de guerre sont applicables, à moins d'être expressément abrogées et que les traités ne perdent leur efficacité en temps de guerre que si leur exécution est incompatible avec celle-ci. Cette décision semble s'accorder avec l'opinion du Rapporteur spécial qui considère que l'intention des parties régit les effets de la guerre sur les traités sans pour autant écarter le critère de la compatibilité, ce qui montre que ce critère est aussi accepté dans d'autres cas. Il peut être intéressant de se référer à cet égard aux observations de Jost Delbruck, selon lequel la doctrine juridique actuelle semble se caractériser par une approche pragmatique qui prend en compte non seulement l'intention des parties belligérantes mais aussi celle de la communauté internationale, l'idée fondamentale étant de réduire les effets perturbateurs de la guerre dans le domaine du droit des traités sans négliger le fait que dans certains domaines des relations politiques et sociales entre États le maintien en vigueur des traités est incompatible avec l'état de guerre[1]. Autrement dit, il est dans l'intérêt de la communauté internationale de réduire au maximum les effets de la guerre afin de préserver l'ordre juridique international.

9. Notant que le projet d'article premier ne précise pas si les « conflits armés » sont internationaux ou internes, M. Chee rappelle qu'à l'époque moderne ces conflits prennent souvent la forme de guerres par procuration soutenues et dirigées par des puissances étrangères, dont le type même est la guerre civile espagnole dans les années 30, et dont des exemples ont été donnés récemment en Asie et en Afrique. Étant donné que les Protocoles additionnels aux Conventions de Genève du 12 août 1949 relatifs à la protection des victimes des conflits armés internationaux (Protocole I) et à la protection des victimes des conflits armés non internationaux (Protocole II) font une distinction entre les conflits internationaux et les conflits internes, il serait peut-être intéressant d'examiner les raisons de cette distinction. Dans le projet d'article 2, le Rapporteur

[1] « War, effects on treaties », *in* Rudolf Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 1369.

spécial définit la notion de « conflit armé » pour rendre compte de l'évolution de la conception traditionnelle de la guerre. Il cite divers auteurs, notamment Herbert W. Briggs[2], à l'appui du principe qu'il défend dans le projet d'article 3, selon lequel la guerre n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction ou la suspension de l'application d'un traité, l'intention des parties jouant un rôle déterminant en la matière. M. Chee n'est pas convaincu à ce propos que, comme l'observe le Rapporteur spécial au paragraphe 44 du rapport, « les décisions des juridictions internes ne sont "guère utiles" ». M. Chee rappelle l'affaire *Techt c. Hughes* concernant les effets de la guerre sur les traités sur laquelle a statué la cour d'appel de New York et, soulignant que Richard Rank se réfère également, dans son article intitulé « *Modern war and the validity of treaties* »[3], à des décisions de tribunaux des États-Unis, fait observer que le droit international est appliqué par les États. Quant au projet d'article 5, il met en lumière le fait que même pendant un conflit armé, les parties belligérantes ont besoin de se doter de règles leur permettant de poursuivre ce conflit.

10. Même si elle n'est pas exhaustive, la liste des catégories de traités qui continuent de s'appliquer durant un conflit armé établie dans le projet d'article 7 sera très utile pour les délibérations de la Commission. En ce qui concerne les traités évoqués à l'alinéa *c* du paragraphe 2, M. Chee relève que dans l'arrêt qu'elle a rendu le 6 novembre 2003 dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières* qui opposait la République islamique d'Iran aux États-Unis d'Amérique, la CIJ a jugé que le Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires de 1955 entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran était en vigueur nonobstant le conflit armé entre les deux parties, et a examiné en détail les éventuelles violations de ce traité[4]. La Convention de 1976 sur l'interdiction d'utiliser des techniques de modification de l'environnement à des fins militaires ou toutes autres fins hostiles est un bon exemple des traités relatifs à la protection de l'environnement mentionnés à l'alinéa *e* qui continuent de s'appliquer durant un conflit armé.

11. En ce qui concerne le paragraphe 1 du projet d'article 9, M. Chee demande s'il n'y est pas question en fait de l'intention « présumée » des parties, car il est difficile d'imaginer que les parties à un traité, en particulier un traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires, envisagent ce que deviendra cet instrument dans deux situations opposées, à savoir en temps de paix et en temps de guerre, sauf si elles en conviennent expressément.

12. Approuvant le projet d'article 10 relatif à la licéité du comportement des parties et le commentaire y relatif, M. Chee indique que selon W. E. Hall, le droit international n'a d'autre choix que d'accepter la guerre, indépendamment de la justesse des raisons de cette guerre, comme une relation que les parties établissent si elles le souhaitent, et de se borner à réglementer les effets de cette relation[5]. Comme le professeur Brierly l'a remarqué en 1932, cela revenait à admettre que le législateur international n'avait pas établi de distinction entre l'usage licite et illicite de la force[6]. Cependant, avec l'adoption du Pacte Briand-Kellogg en 1928, la guerre a été condamnée en tant que moyen de résoudre les différends internationaux, et les parties contractantes ont renoncé à en faire un instrument de leur politique nationale. En outre, étant donné que le paragraphe 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies proscrit l'emploi de la force, c'est au Conseil de sécurité qu'il revient de juger de la licéité du recours à la force, sauf en cas de légitime défense. À cet égard, il faut noter que même les représailles sont interdites par la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[7].

13. Enfin, M. Chee approuve également les projets d'articles 8, 11, 12, 13 et 14 et notamment la référence aux dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies.

14. M. GALICKI dit qu'il faut voir dans le premier rapport sur les effets des conflits armés sur les traités et dans le projet d'articles proposé un exercice d'échauffement donnant à la Commission l'occasion d'étudier en profondeur les différentes questions qui entrent en jeu. Étant donné le caractère introductif du projet d'articles, il ne faudrait pas le renvoyer au Comité de rédaction à ce stade et il serait préférable de créer un groupe de travail qui aurait pour mandat de discuter, d'analyser et de compléter le texte proposé.

15. En ce qui concerne le projet d'article 2, M. Galicki fait observer que la définition du conflit armé qui y est donnée et qui englobe les conflits tant internationaux que non internationaux, est plus large que celle proposée par la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international[8]. Bien qu'une telle approche soit acceptable en principe, elle risque, dans la pratique, de créer des problèmes quant à la détermination des situations qui constituent des conflits armés au sens du projet d'articles. Par exemple, en décembre 1981, les autorités polonaises ont décrété la loi martiale, ce qui, dans l'ordre juridique interne, revient à proclamer l'état de guerre; on pourrait se demander si une telle situation pourrait être considérée comme un conflit armé au sens du projet d'articles. À première vue il semblerait que non, mais le fait que les États-Unis ont alors unilatéralement suspendu l'application des accords de transport aérien qui les liaient à la Pologne, pourrait être considéré comme un effet d'un conflit armé interne. La situation se complique encore à la lumière de l'alinéa *b* de l'article 9 de la Convention de Chicago relative à l'aviation civile internationale (1944), selon lequel chaque État contractant peut, dans des circonstances exceptionnelles, en période de crise ou dans l'intérêt de la sécurité publique, et avec effet immédiat, restreindre ou interdire

---

[2] *The Law of Nations*, 2e éd., New York, Appleton-Century-Crofts, 1952, p. 938.

[3] *Cornell Law Quarterly*, vol. 38 (1952-1953), p. 321 à 355.

[4] Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran (Téhéran, 15 août 1955), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 284, no 4132, p. 93.

[5] *A Treatise on International Law*, 8e éd., Oxford University Press, 1924, p. 82.

[6] « International law and resort to armed force », *Cambridge Law Journal*, vol. 4 (1930-1932), p. 308.

[7] Résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970.

[8] *Annuaire*, vol. 61, t. 2 (session d'Helsinki, 1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283.

temporairement les vols au-dessus de son territoire. On pourrait dès lors en conclure que les mesures prises par les autorités polonaises suite à la proclamation de l'état de guerre, et en particulier les restrictions temporaires au survol de son espace aérien, n'étaient pas de nature à justifier la suspension d'un traité international contraignant par les États-Unis. Si donc la Commission décidait d'inclure dans le champ d'application du projet d'articles les conflits armés à caractère non international, il faudrait élaborer une définition plus détaillée des conflits armés internes, en précisant la mesure dans laquelle ils sont couverts par le projet d'articles.

16. Un autre type de problème se pose concernant le projet d'article 3, qui affirme catégoriquement que le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités ni la suspension de leur application. Le Rapporteur spécial lui-même trouve que cette formulation manque de souplesse, puisqu'il propose au paragraphe 28 de son rapport de remplacer l'expression « *ipso facto* » par « nécessairement ». M. Galicki souscrit pleinement à cette proposition, mais fait observer qu'il faudrait alors expliquer que, dans certaines circonstances certes exceptionnelles, les traités peuvent s'éteindre *ipso facto* du fait du déclenchement d'un conflit. Nul ne saurait prétendre en effet que le Pacte Ribbentrop-Molotov ne s'est pas éteint au moment même où le conflit germano-soviétique a éclaté en 1941[9].

17. Concernant le projet d'article 7, il y aurait lieu de vérifier que la liste des traités restant en vigueur pendant un conflit armé est exhaustive. Pour la compléter, on pourrait utilement se référer à l'étude du Secrétariat et préciser l'intitulé de certaines catégories de traités, notamment celle des « traités multilatéraux normatifs ».

18. M. Galicki note que le Rapporteur spécial a reconnu que la question d'une éventuelle divisibilité des dispositions des traités aux fins d'évaluer les effets que les conflits armés pourraient avoir sur eux n'a pas été suffisamment développée dans le projet d'articles lui-même et dans le rapport. Il faudrait sans nul doute combler rapidement cette lacune.

19. Enfin, comme beaucoup d'autres membres de la Commission, M. Galicki ne croit pas nécessaire d'introduire dans le projet d'articles des dispositions plus détaillées concernant la licéité des conflits armés. La Commission devrait en effet se garder de politiser ses travaux et d'empiéter sur des domaines qui relèvent de la compétence d'autres instances internationales. C'est pourquoi la formule proposée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 10 semble la plus appropriée.

20. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en sa qualité de membre de la Commission, dit que l'exemple donné par M. Galicki, à savoir les mesures prises par les États-Unis suite à la proclamation de l'état d'exception par la Pologne, l'amène à faire deux observations. Il se demande tout d'abord si ces mesures étaient justifiées par l'existence d'un conflit interne ou s'il s'agissait plutôt de contre-mesures prises en raison de la violation de traités relatifs aux droits de l'homme. Il fait ensuite observer que le seuil à partir duquel des « troubles internes » peuvent être qualifiés de « conflit armé interne » demeure une question controversée. Cela étant, compte tenu de la définition proposée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 2, il serait difficile d'affirmer que la situation en question constituait un conflit armé interne.

21. M. COMISSÁRIO AFONSO remercie le Rapporteur spécial pour le premier rapport qu'il consacre à un sujet difficile et approuve son idée de proposer des projets d'articles à titre de « mesures prophylactiques » comme indiqué au paragraphe 12 du rapport. Commentant ces projets d'article, il dit à propos des définitions qui figurent dans le projet d'article 2, qu'une définition des traités ne lui paraît pas nécessaire, étant donné que ce terme est déjà défini dans au moins trois Conventions de Vienne. En revanche, une définition claire et précise de l'expression « conflit armé » s'impose. Celle que propose le Rapporteur spécial convient d'ailleurs parfaitement au but recherché.

22. Le projet d'article 3, qui se borne à affirmer un principe établi de droit international, devrait être considéré comme le point de départ du sujet à l'examen. Quant au projet d'article 4, le moins que l'on puisse dire, c'est qu'il pose des problèmes. En effet, l'exposé doctrinal auquel s'est livré le Rapporteur spécial est certes intéressant, mais la façon dont il traduit les idées évoquées dans le projet d'articles est moins convaincante. Comme il s'agit d'un exercice de codification, la plus grande clarté s'impose. Or, l'expression « indices de prédisposition » risque de donner lieu à des problèmes d'interprétation. Il faudrait peut-être la définir dans le projet d'article 2. Pour la détermination de l'intention des parties à un traité, le projet d'article renvoie aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969. Dans son commentaire de l'article 31 qui énonce ce que l'on pourrait appeler la règle d'or de l'interprétation des traités, la Commission a indiqué que l'interprétation consiste à élucider le sens du texte et non à chercher à déterminer les intentions des parties. Il s'ensuit que l'intention des parties à un traité doit être essentiellement tirée du texte du traité lui-même et, au besoin, des travaux préparatoires (art. 32 de la Convention de Vienne). La question est toutefois de savoir comment déterminer, à partir des intentions des parties à un traité concernant le traité en général, l'intention des parties en ce qui concerne la prédisposition de celui-ci à l'extinction ou à la suspension de son application. On peut donc se demander si la fonction des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne et celle que le Rapporteur spécial entend conférer au projet d'article 4 sont compatibles. Cette question justifie un examen plus poussé. Il serait peut-être préférable, au lieu d'énoncer un principe abstrait, de retenir un autre critère, plus objectif, qui serait essentiellement lié au traité lui-même et non uniquement à l'intention des parties ou à la nature et à l'ampleur du conflit armé.

23. M. Comissário Afonso partage l'avis de M. Fomba selon lequel le projet d'article 7 est loin d'être superflu. En effet, pour ceux qui ne sont convaincus ni par le principe de l'intention ni par le principe de caducité, la compatibilité avec l'objet et le but du traité pourrait être un critère

[9] Pacte de non-agression entre l'Allemagne et l'Union des Républiques soviétiques socialistes (Moscou, 23 août 1939), *British and Foreign Papers 1939*, vol. 143, Londres, 1951, p. 503.

des plus utiles, sinon le seul critère. Ce critère aurait l'avantage supplémentaire d'être lié au régime de Vienne en général et à chaque traité en particulier. De plus, à une époque où le recours à la force est proscrit, la nature et l'ampleur d'un conflit armé ne sauraient constituer le critère déterminant le maintien en vigueur ou l'extinction d'un traité. L'étude du Secrétariat montre que la Seconde Guerre mondiale n'a eu que des effets limités sur les traités. Plus récemment, au temps de l'apartheid, l'Afrique du Sud était en guerre avec la plupart de ses voisins, mais les traités qu'elle avait conclus avec eux sont demeurés en vigueur. L'étude du Secrétariat utilise le critère de la probabilité d'applicabilité. Les traités énumérés aux sections A et B du chapitre III de l'étude, à savoir les traités présentant une très forte probabilité, ou une probabilité relativement élevée d'applicabilité, pourraient être inclus dans le paragraphe 2 du projet d'article 7. Il importerait aussi de se référer au *jus cogens* dans le projet d'articles. Un autre modèle qui pourrait être utilisé est celui proposé par Daillier et Pellet qui classent les traités en quatre catégories s'agissant des effets que peuvent avoir sur eux les conflits armés[10]. Ce modèle a le mérite d'être à la fois complet et simple. La meilleure solution, s'agissant du projet d'article 7, consisterait sans doute à combiner plusieurs modèles jusqu'à obtenir celui qui se prête le mieux aux travaux de la Commission. Enfin, M. Comissário Afonso dit qu'il souscrit à la position de M. Economides concernant le recours à la force (Art. 2, par. 4 de la Charte).

24. M. ADDO, après avoir souligné la difficulté du sujet, rappelle que, lorsqu'il a présenté son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué que son étude portait essentiellement sur les conflits armés internationaux. Il ne partage pas l'avis des membres de la Commission qui ont estimé que les conflits armés internes devraient être inclus dans l'étude, car il existe des différences fondamentales entre les conflits internationaux et les conflits internes. De ce fait, l'inclusion des conflits internes risquerait de mener la Commission à une impasse. La définition qui est proposée dans le projet d'article 2 ne correspond d'ailleurs pas à une situation de conflit interne.

25. Le projet d'article 3 constitue la *lex lata*, puisqu'il affirme un principe établi du droit international selon lequel le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas en lui-même l'extinction des traités en vigueur. Cette disposition constitue un point de départ logique pour l'étude et donne des éclaircissements utiles.

26. Selon le projet d'article 4, la prédisposition des traités à l'extinction ou à la suspension de leur application est déterminée par l'intention des parties au moment de la conclusion du traité. Le problème est qu'il n'est pas toujours facile de discerner quelles étaient ces intentions. Selon Sir Gerald Fitzmaurice, la question de la survie d'un traité doit être tranchée au cas par cas, en fonction de la nature du traité et de l'intention des parties à son sujet[11]. De l'avis de M. Addo, ces deux critères aboutiraient au même résultat, la nature du traité étant sans conteste la meilleure expression de l'intention des parties.

27. M. Addo présume que la liste des traités qui figure dans le projet d'article 7 n'est pas exhaustive: elle ne comprend pas, par exemple, les traités régissant la dette intergouvernementale. Or, il est bien établi en droit international qu'un conflit entre les parties à un traité de ce type reste sans effet sur le traité. M. Addo rappelle à ce propos que la Grande-Bretagne a continué ses prêts à la Russie pendant la guerre de Crimée, honorant ainsi la disposition expresse du traité de 1815 qui prévoyait la poursuite des paiements en cas de conflit.

28. Pour conclure, M. Addo dit que le projet d'articles ayant été publié, on peut espérer que les gouvernements feront parvenir à la Commission leurs commentaires et des informations sur leur pratique en la matière, ce qui facilitera grandement les travaux dans ce domaine.

29. M. CANDIOTI dit que la question des effets des conflits armés sur les traités peut être étudiée dans une perspective historique, étant donné que la qualification du conflit armé en droit international a profondément changé au cours du dernier siècle, et que la légitimité du recours à la force en droit international a été radicalement limitée par la Charte des Nations Unies. La Commission doit donc aborder la question de la licéité ou de l'illicéité du recours à la force, sans pour autant examiner dans le détail des questions telles que l'agression, la légitime défense ou l'application du Chapitre VII de la Charte.

30. Dès lors, le Rapporteur spécial a raison de situer le sujet dans le cadre du droit des traités, dissipant ainsi certaines ambiguïtés qui caractérisaient la position adoptée autrefois par la Commission. Les sources de droit qu'il a consultées, ainsi que l'étude du Secrétariat, qui retrace l'évolution historique de la question, fournissent des éléments de réflexion intéressants, mais il convient d'utiliser avec prudence cette documentation. Il serait utile de rassembler suffisamment d'informations sur la pratique actuelle, ou récente, des États, et éventuellement aussi des organisations internationales, et d'obtenir leur avis sur la manière d'aborder la question de la codification et du développement progressif du droit dans le domaine à l'étude, et M. Candioti souscrit à la proposition du Rapporteur spécial de leur adresser un questionnaire à cette fin.

31. Passant à l'examen du projet d'articles, M. Candioti estime comme d'autres membres de la Commission que le projet d'article premier devrait aussi couvrir les traités auxquels sont parties des organisations internationales. Cette observation vaut également pour le projet d'article 2 relatif à la définition des termes «traité» et «conflit armé». Cette dernière définition, à première vue suffisamment détaillée et appropriée, devrait également prendre en compte les conflits armés dans lesquels sont impliquées des organisations internationales. Il faudrait aussi préciser, dans cet article ou dans son commentaire, à quels effets se réfère le projet d'articles. Il s'agit bien entendu des effets juridiques, mais le projet n'indique pas avec suffisamment de clarté quels sont tous les effets des conflits armés sur les traités. En outre, les notions d'applicabilité, de validité, de dérogation, d'annulation, de suspension, d'extinction, de modification et de divisibilité

[10] *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002, par. 200, p. 312 et 313.

[11] *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1948-II*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, vol. 73, p. 308 à 312.

évoquées dans le rapport devraient en temps utile être dûment analysées et classées.

32. Le projet d'article 3 énonce le principe fondamental du projet, à savoir la continuité des traités en cas de conflit armé mais il conviendrait d'insérer des dispositions prévoyant, à titre d'exceptions à ce principe, par exemple le droit de suspendre l'application de certains traités pour l'État qui exerce son droit de légitime défense ou qui se conforme à une décision du Conseil de sécurité prise en vertu du Chapitre VII de la Charte. Une autre exception à ce principe, mentionnée au paragraphe 2 de l'article 4, est constituée par l'intention des parties au moment de la conclusion du traité, laquelle devra être déterminée en fonction des critères d'interprétation des traités prévus par les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969, et conformément à la nature et l'ampleur du conflit.

33. M. Candioti souscrit aussi aux observations formulées par le Rapporteur spécial au paragraphe 47 de son rapport concernant la nécessité de maintenir une relation adéquate entre le droit des traités et les dispositions de la Convention de Vienne, l'importance de la certitude juridique et l'application du principe *pacta sunt servanda*. Il est également d'avis, comme indiqué au paragraphe 49 du rapport, que le fait de retenir le principe de l'intention est sans préjudice de l'extinction ou de la suspension de l'application d'un traité comme conséquence: *a*) de l'accord des parties; *b*) d'une violation substantielle; *c*) de la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible; ou *d*) d'un changement fondamental de circonstances, ce qui est expressément énoncé dans le projet d'article 13. À cet égard, les éclaircissements fournis dans les projets d'articles 5 et 6 sont utiles dans la mesure où ces dispositions concordent avec le principe de base établi à l'article 3.

34. Le projet d'article 7 a donné lieu à un intense débat. Les catégories de traités qui continuent nécessairement à s'appliquer, du fait de leur objet et de leur but, occupent une place importante tant dans les commentaires du Rapporteur spécial que dans l'étude du Secrétariat. À cet égard, M. Candioti partage l'avis de M. Matheson et d'autres membres de la Commission, selon lesquels il faudrait éviter d'établir des catégories trop rigides ou trop générales. En effet, étant donné la grande variété des sujets sur lesquels peuvent porter les traités, la possibilité qu'un même traité comporte des dispositions de nature et de contenu différents, certaines pouvant être affectées par un conflit armé et d'autres non, en somme la diversité du droit international conventionnel tel qu'il se présente dans la réalité, il vaut mieux ne pas formuler de catégories trop absolues. Dès lors que le principe de base, général et universel, est celui de la continuité de l'application des traités en cas de conflit armé, il paraît superflu de préciser quels types de traités continuent de s'appliquer. De plus, alors que le projet d'article 4 attribue un rôle déterminant à l'intention des parties, considérée comme l'indice de prédisposition d'un traité à l'extinction ou la suspension, dans le projet d'article 7 ce sont l'objet et le but du traité qui impliquent nécessairement qu'il continue de s'appliquer. Ce point devra être précisé, tant sur le plan conceptuel que sur le plan terminologique, étant donné que ces deux critères ne sont pas incompatibles mais qu'ils ne signifient pas la même chose.

35. À propos du projet d'article 8, M. Candioti fait observer que les articles 42 à 45 de la Convention de Vienne de 1969 ne portent pas tant sur les modalités ou les formes de suspension et d'extinction, que sur les conditions de la continuité ou de l'interruption des traités. Il faudrait également préciser si la décision d'un État partie à un traité, défini selon le paragraphe 1 de l'article 2, d'en suspendre l'application, de l'abroger ou de continuer à l'appliquer, en totalité ou en partie, en cas de conflit armé, devra être notifiée par écrit.

36. Le projet d'article 9, relatif à la reprise de l'application des traités après une suspension, est conforme au principe général de la continuité des traités et au principe *pacta sunt servanda*. Il pourrait peut-être comporter une disposition prévoyant qu'en cas de doute quant au point de savoir si un traité a été suspendu ou abrogé en raison d'un conflit armé, on présumera qu'il a été suspendu, sous réserve d'un accord différent entre les parties. Quant au projet d'article 10, il pourrait être amélioré et complété par une disposition s'inspirant de l'article 9 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international.

37. Enfin, M. Candioti approuve les projets d'articles 11, 12, 13 et 14. Il pense comme cela a été suggéré qu'il conviendrait d'analyser plus avant, dans les futurs rapports, les conséquences qui découleraient de la distinction entre conflits internationaux et conflits internes, les effets des conflits armés sur les traités pour les parties et les États tiers, ainsi que pour les parties belligérantes et les parties non belligérantes, les effets de la suspension et de l'extinction, ainsi que la question de la divisibilité des traités.

38. M. DAOUDI dit que la question des effets des conflits armés sur les traités demeure un sujet difficile en droit international. La façon de considérer ces effets a considérablement évolué dans la pratique des États, car du postulat selon lequel les traités sont suspendus ou annulés par la guerre, on est passé au constat que la guerre ne met pas fin *ipso facto* aux traités entre les parties à un conflit armé. La résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international ainsi que le rapport du Rapporteur spécial reflètent cette évolution.

39. Le Rapporteur spécial fait de l'intention des États parties au traité au moment de sa conclusion le critère à retenir pour déterminer si le traité continue à produire ses effets dans leurs relations pendant le conflit armé qui les oppose. Bien que ce critère soit confirmé par la doctrine et certaines décisions jurisprudentielles, il ne saurait expliquer à lui seul les situations de suspension des traités dans les conflits armés. En effet, lors de la conclusion d'un traité, les parties ne prévoient pas nécessairement le déclenchement des hostilités. Par conséquent, lorsque le cas n'est pas prévu, la proposition du Rapporteur spécial de se référer aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne de 1969 pour sonder l'intention des parties n'est pas d'un grand secours. Il est donc indispensable de tenir compte d'autres critères, tels que l'objet et le but du traité, la nature du conflit et sa durée, d'où la nécessité, selon M. Daoudi, de reformuler les articles 4 et 9 du projet.

40. Si, du fait de l'interdiction du recours à la force par la Charte des Nations Unies, les conflits armés internationaux sont moins fréquents, en revanche, les conflits armés internes ne cessent d'augmenter. Il est donc indiqué d'élargir la définition des conflits armés aux conflits armés internes. Il faudrait préciser par ailleurs le sens de l'expression « État tiers », qui figure au paragraphe 2 du projet d'article 2. Il pourrait s'agir en effet d'un État qui, sans être allié à l'un des belligérants, le soutient pour des raisons politiques en suspendant l'application d'accords commerciaux avec son adversaire et ce, sans déclarer la guerre et sans prendre part aux hostilités. Tel fut le cas de la République arabe syrienne qui, suite au déclenchement des hostilités entre la République islamique d'Iran et l'Iraq en 1980, a fermé ses frontières avec l'Iraq interdisant ainsi le passage des personnes et des marchandises pendant toute la durée des hostilités. Le terme pourrait aussi définir un État neutre; il est fait mention au paragraphe 118 de l'étude du Secrétariat de la décision des États-Unis, pays neutre ne participant pas au conflit armé opposant l'Érythrée à l'Éthiopie, de suspendre l'application d'un accord relatif au programme du Peace Corps en 1998 en Érythrée[12] et en 1999 en Éthiopie[13]. La clarification de l'expression « État tiers », dans ce contexte, permettra ainsi de distinguer les effets des conflits armés sur les traités des cas de responsabilité internationale du fait de la non-exécution d'un traité.

41. Certains membres de la Commission ont regretté que le Rapporteur spécial n'ait pas évoqué le cas du conflit israélo-arabe dans son projet et la question des effets de ce conflit sur les traités. Or il n'y a quasiment pas de relations conventionnelles entre les États arabes et Israël. Les seuls accords existants entre les antagonistes sont les accords d'armistice conclus à la suite de la première guerre israélo-arabe de 1948 sous les auspices des Nations Unies[14], et l'accord sur le désengagement des forces de 1974 conclu entre la République arabe syrienne et Israël après la guerre de 1973[15]. Les autres conventions internationales applicables relèvent du droit international humanitaire, notamment la quatrième Convention de Genève du 12 août 1949, applicables uniquement en période de conflit armé. Il n'y a donc pas de situation de suspension ou d'abrogation des traités dans le cadre de ce conflit. Il serait alors plus intéressant d'examiner les accords conclus entre les antagonistes, et notamment entre l'Organisation de libération de la Palestine et Israël au cours du processus de paix commencé à Madrid en 1991, et qui restent en vigueur tant que l'une des parties concernées n'aura pas formellement annoncé sa décision d'y mettre fin.

42. Compte tenu de la possibilité qu'ont les belligérants de conclure de tels accords, il devrait être question, au paragraphe 2 du projet d'article 5, de la capacité et non de la compétence pour conclure des traités.

43. Le projet d'article 7, que le Rapporteur spécial qualifie de « superflu », se réfère au critère objectif, que constituent l'objet et le but des traités, et non au critère subjectif de l'intention des parties, pour déterminer les traités qui demeurent en vigueur pendant un conflit armé. Cela est bien la preuve, selon M. Daoudi, que le critère de l'intention est insuffisant dans ce contexte. Quant à l'énumération, non exhaustive, des traités censés être appliqués pendant un conflit armé, il apparaît que certains d'entre eux n'entrent pas dans une catégorie unique. Ainsi, les Conventions de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques et de 1963 sur les relations consulaires, visées aux alinéas *j* et *k* du paragraphe 2 du projet d'article 7, relèvent des traités multilatéraux normatifs, mentionnés à l'alinéa *g* et des traités expressément applicables en cas de conflit armé, cités à l'alinéa *a*, puisque leurs dispositions le prévoient. Pour d'autres catégories de traités, tels que ceux relatifs aux cours d'eau, il n'est pas certain que la pratique des États soit unanime au sujet de leur application pendant un conflit armé. D'ailleurs, le Rapporteur spécial lui-même considère que les arguments militant en faveur de leur insertion ne sont pas convaincants. Il faudrait donc présenter d'une autre manière une typologie des différents traités si toutefois une telle présentation est recommandée dans le projet d'articles.

44. Le projet d'article 10, qualifié cette fois par le Rapporteur spécial de « provocateur », passe sous silence la question de la légalité du recours à la force et de ses effets ultérieurs sur les traités et, partant, la distinction entre l'État agresseur et celui qui exerce son droit de légitime défense. M. Daoudi pense à cet égard qu'il faudrait suivre la démarche de l'Institut de droit international et développer les articles 7 à 9 contenus dans sa résolution d'Helsinki. Par ailleurs, il est favorable au principe de la divisibilité des dispositions des traités du point de vue de leur application en période de conflit armé, car cela correspond tout à fait à la pratique des États.

45. En conclusion, M. Daoudi estime qu'il est encore tôt pour proposer de renvoyer le projet d'articles, même à un groupe de travail, et certainement pas au Comité de rédaction.

46. Le PRÉSIDENT dit qu'il n'est pas favorable à la distinction entre non-belligérance et neutralité, mais que certains États la pratiquent. Elle a, selon lui, pour effet de rompre le principe d'égalité de traitement des belligérants. Par ailleurs, il se demande si, en l'absence d'hostilités actives entre deux ex-belligérants, il est possible de parler d'état de guerre. Il rappelle à cet égard la pratique suivie dans les années 50, lors du conflit entre Israël et l'Égypte, par le Conseil de sécurité qui avait estimé qu'en l'absence d'hostilités actives, la Convention de Constantinople de 1888, relative au libre usage du canal maritime de Suez, était applicable.

---

[12] Agreement between the United States of America and Eritrea, effected by exchange of notes (Asmara, 20 May 1994), *Treaties and Other International Acts Series*, No. 12103, Washington, U.S. Government Printing Office.

[13] Échange de notes constituant un accord relatif au programme du Peace Corps (Addis Abeba, 23 mai 1962), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 456, nº 6563, p. 293.

[14] Convention d'armistice général entre l'Égypte et Israël, Rhodes, 24 février 1949, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 42, nº 654, p. 251; Convention d'armistice général libano-israélienne, Nakoura, 23 mars 1949, ibid., nº 655, p. 287; Convention d'armistice général entre le Royaume hachémite et de Jordanie et Israël, Rhodes, 3 avril 1949, ibid., nº 656, p. 303; Convention d'armistice général syro-israélienne, Côte 332 près de Mahanayim, 20 juilet 1949, ibid., nº 657, p. 327.

[15] Accord sur le dégagement des forces israéliennes et syriennes, Genève, 31 mai 1974 (S/11302/Add.1).

Responsabilité des organisations internationales[16] **(A/CN.4/549 et Add.1, sect. A, A/CN.4/547**[17] **et A/CN.4/553**[18]**, A/CN.4/556**[19]**, A/CN.4/L.666/Rev.1)**

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

47. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son troisième rapport sur la responsabilité des organisations internationales (A/CN.4/553).

48. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que son troisième rapport porte sur deux séries de questions, qui ont trait respectivement à l'élément objectif du fait internationalement illicite d'une organisation internationale, et à la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation. Ces questions correspondent dans une large mesure à celles qui font l'objet des chapitres III et IV de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[20]. Elles peuvent sembler à première vue différentes, et elles donneront sans doute lieu à deux chapitres différents, mais elles ne sont pas sans rapport l'une avec l'autre. Il existe par ailleurs des questions se rapportant spécifiquement aux organisations internationales. Le Rapporteur spécial annonce que son prochain rapport portera sur deux autres séries de questions. La première concerne les circonstances excluant l'illicéité, et à cet égard, il a été demandé aux gouvernements et aux organisations internationales de faire des observations sur l'état de nécessité, et la seconde porte sur la responsabilité éventuelle des États ou des organisations internationales pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale dont ils sont membres.

49. Revenant à son troisième rapport, le Rapporteur spécial regrette qu'il donne l'impression d'être très théorique et explique que cela est dû au fait que la pratique disponible relative aux questions dont il traite est très limitée; il a essayé de tenir compte des éléments de la pratique qui étaient disponibles, mais espère qu'à l'avenir il y en aura d'autres. Plusieurs organisations internationales s'intéressent de plus en plus aux travaux de la Commission sur la responsabilité des organisations internationales et certaines lui ont envoyé des observations écrites et fait utilement part de leurs vues.

50. De nombreux États ont également formulé des observations sur des questions dont la Commission a déjà débattu, ou sur celles qui sont actuellement à l'étude, et ces observations seront dûment prises en considération. D'autres observations, par exemple celles de la Commission européenne et du Gouvernement allemand, figurent dans le document intitulé «Commentaires et observations reçus des gouvernements et des organisations internationales» (A/CN.4/556). Enfin, certaines observations très intéressantes, notamment celles d'Interpol, n'ont malheureusement pas pu être prises en considération dans le rapport car le Rapporteur spécial n'en a pas disposé à temps.

51. Pour la plupart des questions traitées, il n'a pas été jugé nécessaire de s'écarter du contenu ni du libellé du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. En effet, les questions liées à l'existence de la violation d'une obligation internationale, à la nécessité pour l'obligation d'être en vigueur au moment du fait, à l'extension dans le temps de la violation et à la violation constituée par un fait composite ne varient pas en fonction du sujet de droit international qui commet la violation en question. Cela s'applique également aux actes illicites résultant d'omissions, malgré les doutes exprimés à cet égard par le Conseiller juridique du Fonds monétaire international (FMI) [voir le paragraphe 8 du rapport]. Dès lors qu'une organisation internationale a une obligation de faire, elle viole cette obligation si elle n'adopte pas le comportement requis.

52. La question qui a été soulevée concernant l'élément objectif revêt une importance particulière pour l'Union européenne: le Service juridique de la Commission européenne a critiqué les règles d'attribution du comportement que la CDI avait adoptées en 2004, affirmant que lorsqu'un comportement était adopté par un État membre dans un domaine relevant exclusivement de la compétence de l'Union ou dans le cadre de l'exécution d'actes obligatoires de l'Union, l'État membre agissait quasiment en tant qu'agent de l'organisation[21]. Cette vue, qui n'est pas nouvelle, a été approuvée par un groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce (OMC). La CDI, quant à elle, estime que le comportement d'un organe de l'État est toujours imputable à l'État et non à l'organisation dont celui-ci est membre, à moins que l'organe ne soit mis à la disposition de l'organisation.

53. Sans revenir sur les questions d'attribution, certaines explications concernant la responsabilité d'une organisation pourraient ne pas s'écarter des règles relatives à l'attribution, mais cela n'est pas toujours évident, et il faudrait dire quelque chose à ce sujet dans le commentaire. Par exemple, selon des traités comme les Accords de l'OMC, l'Union européenne est tenue d'empêcher ses membres d'adopter certains comportements et si tel est le cas, bien que l'attention soit focalisée sur le comportement de l'État membre, la violation consiste en réalité, pour l'organisation, à ne pas avoir empêché le comportement en cause, ce qui paraît conforme aux règles traditionnelles relatives à l'attribution. Une seconde explication possible est que l'obligation de l'organisation internationale est d'obtenir un certain résultat, quelle que soit l'entité qui adopte le comportement nécessaire à cette fin. Par exemple, dans le cadre d'accords conclus avec des États non membres, l'Union européenne pourrait accepter l'obligation de ne pas prélever de taxes d'importation sur un certain produit. Ce résultat ne pourrait être obtenu qu'avec la coopération des États membres qui, comme le Gouvernement

[16] Pour les projets d'articles et les commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission, voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), par. 71 et 72.

[17] Reproduits dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).

[18] Ibid.

[19] Ibid.

[20] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 à 153.

[21] Voir *Document officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session,* 21e séance (A/C.6/59/SR.21 et Corr.), par. 17 et 18. Voir également Kuijper, Pieter Jan et E. Paasivirta, «Further exploring international responsibility: the European Community and the ILC's project on responsibility of international organizations», in *International Organizations Law Review*, vol. 1, no 1 (2004), p. 111-138, en particulier p. 127 et suiv.

allemand l'a souligné dans ses observations récentes (A/CN.4/556, p. 50 et 51), ne seraient pas liés en vertu du droit international vis-à-vis des États contractants non membres, mais seraient dans l'obligation interne de veiller à l'exécution des accords. L'existence de cette obligation interne explique pourquoi l'Union européenne peut accepter en vertu d'un accord avec des États non membres certaines obligations dont l'exécution est confiée à ses membres. En cas de violation, c'est la responsabilité de l'organisation, et non celle de ses membres, qui est engagée.

54. La formulation proposée dans le projet d'article 8, à savoir, « lorsqu'un fait de ladite organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation » ne couvre pas tous les cas décrits par le Rapporteur spécial, mais outre que cette question peut être traitée dans le commentaire, elle correspond entièrement à celle de l'article 12 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

55. En ce qui concerne l'élément objectif, l'unique disposition spécifique que l'on pourrait ajouter par rapport au projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite aurait trait aux règles de l'organisation. La question de la nature juridique de ces règles – celle de savoir si elles font partie ou non du droit international – est controversée. Elle a son importance car même si l'on considère que les règles de l'organisation sont des règles spéciales qui l'emportent sur le droit international général, on doit tenir compte du fait qu'elles ne couvrent pas tous les aspects du fonctionnement de l'organisation. Il importe donc de déterminer si le droit international de la responsabilité constitue une toile de fond qui permet de pallier les éventuelles insuffisances des règles spéciales existantes. Au paragraphe 2 du projet d'article 8, le Rapporteur spécial propose de dire que le paragraphe précédent s'applique également, en principe, à la violation d'une obligation énoncée par une règle de l'organisation: en principe, car compte tenu du degré d'intégration que certaines organisations ont atteint, on peut considérer qu'elles ont donné naissance, non pas à un régime spécial du droit international, mais à un corps de règles qui en est distinct. En outre, les règles que la Commission est en train d'élaborer ne conviennent peut-être pas pour toutes les questions concernant la responsabilité des organisations internationales; les mots « en principe » autorisent d'emblée certaines exceptions.

56. Dans ses observations écrites d'avril 2005, le Conseiller général du FMI fait observer que lorsqu'une organisation internationale agit conformément à sa charte, sa responsabilité n'est pas engagée de ce fait au regard du droit international général, mais sa responsabilité doit être déterminée sur la base de cette charte (A/CN.4/556, p. 39). En d'autres termes, le droit international n'entrerait pas en ligne de compte car tout serait régi par les règles de l'organisation. Le Rapporteur spécial estime pour sa part que l'on ne peut pas dire qu'une organisation internationale qui agit constamment en conformité avec ses propres règles ne peut jamais être considérée comme violant l'une de ses obligations en vertu du droit international général ou d'un traité par lequel elle est liée. La question n'est pas de savoir si lesdites règles sont du *jus cogens* ou non, car il peut très bien n'y avoir aucun conflit entre les règles de l'organisation et la norme de droit international général concernée.

57. À l'exception du paragraphe 2 du projet d'article 8, le libellé des projets d'articles 8 à 11 reprend celui des articles 12 à 15 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, le mot « État » étant simplement remplacé par « organisation internationale ». Certains membres ont craint que la Commission ne s'appuie excessivement sur ce texte, mais il n'y a aucune raison valable d'établir une distinction à cet égard entre la situation des États et celle des organisations internationales.

58. La même remarque s'applique à la deuxième série de questions examinées dans le troisième rapport, à savoir la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation, et les projets d'articles 12 à 15 reproduisent littéralement les articles 16 à 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, exception faite du remplacement du mot « État » par « organisation internationale » et de la référence aux cas où c'est une autre organisation internationale qui est aidée ou assistée, dirigée et contrôlée ou contrainte.

59. Il semble que certaines situations n'entrent dans aucune des catégories examinées. Par exemple, une organisation internationale peut inciter un de ses membres à adopter un comportement qui peut être licite ou non de la part des membres en question mais qui suppose en tout cas le contournement, par l'organisation, de l'une de ses obligations. L'État membre est alors utilisé par l'organisation de la même manière que les navires de guerre vénitiens utilisaient des barges sans nom chargées d'explosifs pour attaquer la flotte ennemie. Cela justifie qu'une organisation internationale ne puisse échapper à ses responsabilités en utilisant l'un de ses membres.

60. Le terme « contrôle », qui figure dans le projet d'article 13, a parfois été interprété comme désignant aussi ce qu'on a appelé le « contrôle normatif ». Cependant, ce projet d'article a trait à une autre question car il est fondé sur l'hypothèse que le fait en cause est également illicite pour l'État. Dans le but de contourner l'une de ses obligations, une organisation peut utiliser une décision contraignante laissant ou non à l'État membre une certaine marge d'appréciation, ou bien recommander ou autoriser un comportement donné. Si la position de l'État membre varie en fonction de la situation, cette distinction, du point de vue de l'organisation, n'est pas nécessairement importante, comme l'ont fait observer plusieurs représentants à la Sixième Commission. Ce qui importe, c'est qu'à l'instigation de l'organisation, le comportement en cause a effectivement lieu, et que l'obligation de l'organisation est contournée. Pour éviter tout malentendu, le Rapporteur spécial tient à souligner que la responsabilité de l'organisation peut être engagée si le comportement autorisé lui permet de contourner une obligation mais que l'organisation ne serait pas responsable pour tous les faits illicites que pourrait commettre l'État membre en se prévalant de sa recommandation ou de son autorisation. Il s'est efforcé d'exprimer les conclusions de son analyse dans le projet d'article 16, en étant conscient du fait que le texte n'était peut-être pas suffisamment clair ou, plus fondamentalement, que son approche pourrait être considérée comme étant erronée. Il espère en tout cas que ses efforts auront été utiles.

La séance est levée à 13 heures.

2840e SÉANCE

Mercredi 18 mai 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Effets des conflits armés sur les traités (*fin*) [A/CN.4/552 et A/CN.4/550 et Corr.1 et 2]

[Point 8 de l'ordre du jour]

PREMIER RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial), résumant le débat sur le sujet, commence par réaffirmer que les principaux objectifs de son premier rapport (A/CN.4/552) sont, premièrement, de clarifier la situation juridique en ce qui concerne les conflits armés et leurs effets sur les traités, deuxièmement, de promouvoir la sécurité des relations juridiques entre États et, troisièmement, d'élargir l'accès à la pratique des États ainsi que son utilisation.

2. Le Rapporteur spécial a choisi de proposer un jeu complet de formules, sans préjudice de la forme finale, en partant de l'hypothèse que la plus appropriée serait celle d'un projet d'articles, compte tenu de la nature du sujet. Il ne faut toutefois pas en déduire qu'il s'est hâté de trancher la question. La forme du projet d'articles lui a simplement paru utile pour présenter un dispositif complet. Il n'a nullement cherché à élaborer un ensemble de solutions définitif et dogmatique. La forme normative s'accompagne d'éléments qui attestent une certaine ouverture d'esprit et incitent à la formation d'une opinion collective. Certains projets d'articles font office d'exposés, ce qui est en soi une bonne raison de ne pas recourir, à ce stade, au Comité de rédaction. Les projets d'articles ont clairement un caractère provisoire et un but pratique, qui est d'obtenir des renseignements et des opinions de la part des gouvernements. La nécessité de disposer d'éléments de la pratique des États n'est plus à démontrer, mais il sera plus facile de les recueillir et d'obtenir des avis si l'on présente aux gouvernements un ensemble de projets d'articles relativement complet.

3. Pour ce qui est des sources, le Rapporteur spécial reconnaît qu'il faudrait faire davantage référence à la doctrine. Comme il écrivait un rapport et non un article spécialisé, il n'a pas consigné tout le travail qu'il avait accompli, par exemple lorsqu'il a consulté des sources hispanophones. L'assistance d'autres membres lui serait précieuse en ce qui concerne les documents écrits dans une langue qu'il ne maîtrise pas. M. Economides a appelé l'attention sur les travaux du célèbre spécialiste grec de droit international, M. Constantin Eustathiades, et M. Kolodkin a mentionné certains éléments chez les auteurs russes, mais les classiques allemands et polonais − par exemple, les travaux de Ludwik Ehrlich − n'ont pas encore été explorés.

4. Quant aux décisions des tribunaux nationaux, le Rapporteur spécial note que le style laconique qu'il a adopté dans son rapport a apparemment suscité un malentendu. Il a estimé, non pas que ces décisions n'avaient guère d'intérêt, mais qu'elles avaient tendance à être contradictoires. Lorsqu'on recherche des éléments de droit international, on doit distinguer entre les décisions dans lesquelles les tribunaux nationaux se réfèrent effectivement au droit international public en tant que droit applicable et celles dans lesquelles ils abordent les problèmes juridiques sous l'angle du droit interne exclusivement. La Division de la codification a publié un recueil de décisions de tribunaux nationaux comme document de référence à l'usage exclusif de la Commission.

5. On a manifestement besoin de davantage d'exemples de la pratique des États, en particulier de la pratique récente. Ce type de données doit toutefois être évalué attentivement pour s'assurer que le point de droit spécifique qui intéresse la Commission y est effectivement abordé. Il en va de même des décisions des tribunaux internationaux. Souvent, lorsqu'on les analyse avec soin, on constate qu'elles ne sont pas très utiles. Par exemple, dans le cadre des relations juridiques entre la République islamique d'Iran et les États-Unis, que ce soit devant le Tribunal des différends irano-américains ou devant la CIJ, il a généralement été estimé que le Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran de 1955 était encore en vigueur[1], et que tout dépendait en fait de son interprétation et de son application. Le comportement des deux États devant les tribunaux internationaux est intéressant, mais les décisions rendues dans les affaires correspondantes telles que celle des *Plates-formes pétrolières* ne sont pas d'une grande utilité. Quant à l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, aussi étonnant que cela puisse paraître, le fait est que le Nicaragua et les États-Unis n'avaient jamais été en guerre et avaient maintenu des relations diplomatiques pendant toute la période en question, de sorte que le point de droit précis qui intéresse la Commission n'avait jamais été soulevé.

6. S'agissant du champ d'application, plusieurs membres ont souligné la nécessité d'inclure les traités conclus avec des organisations. Le Rapporteur spécial est lui-même d'avis qu'il y a déjà suffisamment de problèmes à résoudre; il n'est pas certain que la question relève du mandat de la Commission; il s'inquiète en outre du risque de chevauchement avec les travaux d'autres rapporteurs spéciaux. Malgré ces doutes, il ne cherchera pas à s'opposer à l'opinion générale. Ce point sera sans aucun doute mentionné dans le questionnaire qui sera éventuellement adressé aux gouvernements.

7. La relation entre le projet d'articles et d'autres domaines du droit international doit être considérée

---

[1] Traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires entre les États-Unis d'Amérique et l'Iran (Téhéran, 15 août 1955), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 284, nº 4132, p. 93.

comme une question d'ordre général. Le problème spécifique qui se pose dans chaque cas est qu'il faut éviter de greffer d'autres sujets sur le projet sans raison valable. C'est le cas, par exemple, de la légalité de l'emploi de la force. Il convient de s'abstenir de toute incursion inutile dans la situation juridique à propos de ce point auquel on reviendra en temps voulu. C'est également le cas de la disposition figurant dans le projet d'article 13 selon laquelle les projets d'articles sont sans préjudice de l'extinction des traités ou de la suspension de leur application résultant des quatre événements ou situations énumérés. Le Rapporteur spécial demeure convaincu que cette disposition est suffisante. Il y a un certain chevauchement, certes, mais il ne voit pas en quoi cela pose un problème. Il arrive souvent, en droit interne comme en droit international, qu'un seul sujet se prête à plusieurs classifications. En outre, si la Commission se met à empiéter sur certains domaines du droit ordinaire des traités, de sérieux problèmes de compatibilité avec la Convention de Vienne de 1969 se poseront.

8. Un troisième exemple concerne le *jus cogens*. Le Rapporteur spécial se demande s'il est souhaitable d'entreprendre la codification du *jus cogens* comme élément subsidiaire des travaux sur le sujet. Il serait possible d'inclure une disposition sur ce point, mais ce ne serait ni indiqué, ni élégant. Il faudrait en outre déterminer quels seraient les principes du *jus cogens* à retenir.

9. Une quatrième question a trait à la pertinence des principes de la responsabilité de l'État. Ils se situent certainement dans le contexte du droit des traités mais ils ne font pas vraiment partie du projet à l'examen. S'agissant en général des relations avec d'autres domaines du droit, il faudrait se garder de semer la confusion ou de s'éloigner inutilement des principaux buts de la Commission.

10. Plusieurs membres ont suggéré d'aborder plus en détail la question de la divisibilité des dispositions conventionnelles. L'article 44 de la Convention de Vienne de 1969 traite expressément de ce sujet qui, pour l'instant, est simplement évoqué au projet d'article 8. Il pourrait, le moment venu, être inclus dans une disposition relative aux conséquences de la survenance d'un conflit armé.

11. Quant à la question centrale de l'intention, qui concerne essentiellement les projets d'articles 4, 7 et 9, certains membres ont exprimé de vives préoccupations et mentionné les problèmes bien connus liés à la preuve. Le Rapporteur spécial compte examiner ces problèmes d'une manière beaucoup plus approfondie dans un deuxième rapport. Il est manifestement nécessaire d'examiner plus en détail la question de l'intention, mais sans dépasser la mesure. Aucun membre n'a proposé de remplacer l'intention par un autre critère. Ainsi, M. Pellet a déclaré qu'il n'était pas hostile au principe de l'intention en tant que tel; M. Koskenniemi l'a qualifié de critère insaisissable ou vague, mais il s'est ensuite laissé quelque peu fléchir et s'est déclaré moins réticent, estimant que l'intention permettait de tenir compte du contexte et qu'elle offrait une certaine souplesse. M. Pellet et d'autres membres considèrent que l'objet et le but du traité sont de meilleurs indicateurs que le critère de l'intention *per se*. M. Dugard a suggéré d'inclure dans les projets d'articles 4 et 9 une référence à la nature du traité. Le Rapporteur spécial tiendra pleinement compte de ces avis dans la suite de l'élaboration du projet d'articles. Il n'y a toutefois pas de réponse simple à la question de la preuve de l'intention. Premièrement, la notion d'intention va demeurer: pour le meilleur ou pour le pire, elle constitue le fondement des accords internationaux, du droit des contrats, du droit des trusts ainsi que de l'interprétation et de l'application de la législation. Il s'agit souvent d'une construction, mais elle constitue le champ de force dans lequel les décideurs peuvent mettre au point des solutions, comme dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*.

12. Deuxièmement, comme M. Pambou-Tchivounda l'a fait observer, les éléments d'intention en rapport avec le projet d'article 4 sont complexes. Bien évidemment, la nature et l'ampleur du conflit en question sont des critères nécessaires, parce que le critère de l'intention n'est pas appliqué de manière abstraite mais en fonction du contexte. Tout le monde semble d'accord là-dessus, et il est difficile de rejoindre les membres qui maintiennent que la nature du conflit armé n'a rien à voir avec l'intention.

13. La fonction du projet d'article 7 a suscité divers avis. Pour certains, le recours à la présomption était très problématique. Pour d'autres, notamment M. Fomba et M. Comissário Afonso, le critère de l'objet et du but, tel qu'énoncé dans le projet d'article 7, était un outil utile.

14. Passant à chacun des articles, le Rapporteur spécial dit que le projet d'article premier consacré au champ d'application a suscité deux types de commentaires: premièrement, qu'il devait mentionner les traités conclus avec des organisations et, deuxièmement, qu'il devait inclure les traités qui n'étaient pas encore entrés en vigueur. Le Rapporteur spécial n'a aucune objection à la deuxième proposition. Quant à la première, il en a déjà parlé.

15. Dans le commentaire relatif au projet d'article 2 (par. 17 et 18 de son rapport), le Rapporteur spécial a suggéré à la Commission de décider s'il fallait inclure les conflits armés non internationaux, et la grande majorité des membres y étaient favorables. Dans son libellé actuel, le projet d'article 2 ne mentionne pas cette distinction, comme M. Pellet l'a fait observer. M. Matheson a émis l'avis que la Commission ne devait pas tenter de redéfinir la notion de conflit armé et a préconisé une affirmation plus simple selon laquelle les articles s'appliqueraient aux conflits armés, qu'il y ait eu ou non déclaration de guerre.

16. Comme il l'indique au paragraphe 28 de son rapport, le Rapporteur spécial n'est pas lui-même un ardent défenseur du projet d'article 3. Quoi qu'il en soit, il est proposé que « *ipso facto* » soit remplacé par « nécessairement ». En dernière analyse, le projet d'article 3, une fois son libellé amélioré, devrait probablement être conservé. Plusieurs membres le considèrent comme le point de départ de l'ensemble du projet. M. Kateka l'a appuyé mais a estimé qu'il devait être raccourci et M. Candioti a fait remarquer qu'il énonçait le principe fondamental de la continuité.

17. Concernant le projet d'article 4, deux points sont à souligner. Premièrement, la relation entre les projets d'articles 3 et 4 doit être mieux expliquée: il pourrait y avoir de bonnes raisons de les fusionner. Deuxièmement, le projet d'article 4 doit être développé, et faire référence

en particulier aux effets de l'extinction des traités ou de la suspension de leur application, comme M. Pambou-Tchivounda l'a fait observer.

18. Le projet d'article 5 concernant les dispositions expresses sur l'application des traités n'a pas suscité de controverses. Il vient compléter le projet d'article 3. M. Matheson a estimé qu'il devait être inclus par souci de clarté. Mme Xue a contesté l'utilisation du mot « licites » pour qualifier les accords entre États se trouvant déjà en situation de conflit armé. Il existe toutefois des situations intéressantes dans lesquelles des États en guerre concluent néanmoins des accords spéciaux visant à modifier l'application des lois de la guerre. Le Rapporteur spécial a utilisé le mot « licites » pour tenter de couvrir ce type de situation mais il lui semble à présent qu'il n'y a pas vraiment réussi. Dans une prochaine version du projet, il complétera le commentaire relatif au projet d'article 5 de manière à expliquer la nature du problème évoqué.

19. Le projet d'article 6 concerne les traités relatifs à la situation qui a occasionné le recours au conflit armé. En principe, il complète le principe de continuité énoncé dans le projet d'article 3. Il s'est toutefois révélé problématique. L'origine en est assez simple: au cours de ses recherches, le Rapporteur spécial a appris que certaines autorités, y compris Hall et, plus récemment, Briggs, estimaient que dans tous les cas où la guerre était causée par des divergences quant à la signification d'un traité, celui-ci devait être considéré comme étant annulé (voir par. 59 du rapport). Lui-même juge déraisonnable qu'un traité s'inscrivant dans le contexte d'un conflit armé et qui fait ensuite l'objet d'une procédure juridique soit réputé être annulé. Cependant, il lui semble rétrospectivement que le projet d'article 6 est redondant par rapport aux dispositions qui le précèdent. Il l'a inclus pour éliminer les vestiges du passé, mais comme M. Matheson et Mme Xue l'ont fait remarquer, il n'est pas nécessaire. M. Sreenivasa Rao a dit que le projet d'article 6 était confus: les effets du conflit armé pouvaient se produire à plusieurs niveaux. Le Rapporteur spécial reconnaît que le sujet en général nécessite davantage de recherches et que le commentaire doit être remplacé par un texte plus pertinent. Aucune des deux décisions mentionnées au paragraphe 61 du rapport n'illustre véritablement le principe qui le préoccupe. Une autre décision qui n'est pas citée ferait davantage l'affaire, celle de la *Commission du tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie* concernant la démarcation de la frontière, datée du 13 avril 2002[2].

20. En principe, le projet d'article 7, qui a suscité un grand nombre de commentaires, est un corollaire du projet d'article 4, mais ce lien n'est pas clairement indiqué dans le commentaire. Ce projet d'article est provisoire et fait office d'exposé. En outre, à strictement parler, il est superflu car le principe de l'intention a déjà été énoncé dans le projet d'article 4. Cela étant, comme indiqué au paragraphe 62 du rapport, « un aspect majeur du traitement du sujet dans la doctrine est le classement des traités en catégories pour identifier ceux qui ne sont pas en principe susceptibles d'être abrogés ou suspendus en cas de conflit armé ». Le projet d'article 7 n'est donc pas une invention: nombre des catégories qui y sont citées sont déjà présentes dans la doctrine.

21. Les réactions au projet d'article 7 ont été très diverses: certains membres l'ont accepté avec quelque scepticisme tandis que d'autres souhaitaient y inclure de nouvelles catégories de traités: par exemple, M. Addo a suggéré d'y ajouter les traités relatifs aux dettes intergouvernementales. Certains, comme M. Pellet, étaient d'avis que le projet d'article n'était pas fondé sur l'intention. M. Koskenniemi a jugé que la liste était utile mais a fait observer, à juste titre, que si l'intention était connue, il n'y avait nul besoin de liste. M. Matheson a considéré que le fait de recenser des catégories entières de traités posait problème, et Mme Escarameia a souligné l'aspect contextuel du fonctionnement du projet d'article 7, sans être hostile à celui-ci. En gros, il semble qu'environ 11 membres appuient le projet d'article 7 et que 3 le contestent.

22. En conclusion, le projet d'article 7 a tout d'abord valeur d'exposé, et il est donc provisoire; ensuite, il vise uniquement à formuler une présomption irréfragable; enfin, plusieurs catégories de traités doivent être distinguées, car elles sont solidement ancrées dans la pratique des États: les traités créant un régime permanent (par. 68 à 71), les traités d'amitié, de commerce et de navigation (par. 77 à 79) et les traités multilatéraux normatifs (par. 101 à 104). M. Matheson a fait observer que la troisième catégorie était difficile à définir, mais un certain nombre de décideurs, y compris à l'échelon national, estiment que ce type de traité n'est pas automatiquement affecté par un conflit armé.

23. Le projet d'article 8 ne pose pas de problème, et le projet d'article 9 vient compléter le projet d'article 4. Le projet d'article 10, qui concerne la licéité du comportement des parties, est probablement celui qui est le plus susceptible de susciter des controverses. Des critiques fondées ont été formulées à son encontre et il a besoin d'être modifié. De l'avis du Rapporteur spécial, il devrait prendre la forme d'une clause restrictive générale se référant au droit individuel ou collectif de légitime défense. Cependant, cette solution n'est pas entièrement satisfaisante, car si les États se réservent le droit individuel ou collectif de légitime défense, il ne s'ensuit pas automatiquement que les États concernés peuvent s'en servir pour suspendre l'application d'un traité ou l'éteindre, à moins qu'il n'y ait un lien juridique de cause à effet qui le justifie. La Commission n'a pas encore pris en compte ce type de problème.

24. La disposition figurant dans le projet d'article 11 est nécessaire, bien qu'elle puisse être combinée avec celle de l'article 10, qui concerne la Charte des Nations Unies. Le projet d'article 12 n'a pas suscité de critiques. Le projet d'article 13 semble avoir bénéficié de l'appui général; le Rapporteur spécial a suggéré à la Commission d'attendre la réaction des États à la disposition en question. Le projet d'article 14 a été inclus par souci de clarté et pour compléter l'ensemble.

25. Il reste à examiner quelques questions de principe et de méthode. La première concerne ce qu'on pourrait appeler la *lex specialis* applicable. M. Matheson a appelé

[2] Le texte de la décision est joint en annexe à la « Lettre datée du 15 avril 2002, adressée au Président du Conseil de sécurité par le Secrétaire général » (S/2002/423).

l'attention sur la nécessité d'énoncer clairement, de préférence dans les articles eux-mêmes, le principe formulé par la CIJ dans son avis consultatif sur la Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires, selon lequel certains principes relatifs aux droits de l'homme et à l'environnement n'étaient pas suspendus en temps de conflit armé, mais leur application était déterminée par « la *lex specialis* applicable, à savoir le droit applicable aux conflits armés, conçu pour réglementer le déroulement des hostilités » [par. 15, p. 226, de l'avis].

26. La deuxième question de principe d'ordre général est le rôle des tierces parties, en particulier leurs relations *inter se*. L'article 3 soulève la question de savoir si la même notion doit s'appliquer au fonctionnement des traités entre une tierce partie et une autre, problème relevé par M. Matheson. M. Gaja a également indiqué que cette question devait être examinée plus en détail. La distinction entre les relations entre les tierces parties et les relations entre les parties au conflit est importante, mais uniquement eu égard au critère de l'intention, qui régit les relations entre les belligérants et ceux qui restent neutres. Cette observation s'applique également aux articles 3 et 4, mais, comme l'a proposé M. Gaja, il faudrait examiner la pratique pour déterminer si d'autres solutions sont possibles. M. Pellet a lui aussi insisté pour que l'on mette davantage l'accent sur ce point.

27. La dernière question concerne la distinction entre traités bilatéraux et traités multilatéraux, examinée aux paragraphes 51 et 52 du rapport. Elle n'a pas suscité beaucoup d'observations ni de débats. Il semble que l'intention serve de critère général, et il ne paraît pas justifié de chercher à élaborer des critères spéciaux pour les deux catégories. Comme l'on pourrait s'y attendre, c'est le contexte qui importe.

28. En somme, il semble que le sujet suscite un intérêt considérable et un sentiment général d'optimisme au sein de la Commission. Le Président et 24 membres ont contribué au débat, et le Rapporteur spécial leur est très reconnaissant pour leurs utiles observations.

29. Pour ce qui est de la suite des travaux, le Rapporteur spécial souhaiterait établir un deuxième rapport en janvier 2006, compte tenu des débats qui ont eu lieu à la session en cours, et, l'espère-t-il, des observations des gouvernements. À ce stade, encore préliminaire, un groupe de travail ne serait pas très utile.

30. M. PELLET dit qu'à l'instar de M. Koskenniemi et de plusieurs autres membres, il ne s'est pas exprimé sur les projets d'article, car il estime qu'il faut d'abord examiner les questions de principe d'une manière plus approfondie. Cela ne signifie pas qu'il approuve les projets d'article. Il n'y en a qu'un qu'il peut appuyer; tous les autres lui posent problème. Il espère que le deuxième rapport analysera les problèmes au lieu de simplement remanier le contenu du premier et qu'il ne comprendra pas un nouveau jeu complet de projets d'article. Il faut pour l'instant aller lentement, étape par étape et problème par problème.

31. M^me^ ESCARAMEIA demande si le Rapporteur spécial compte élaborer le questionnaire à l'intention des États sans aide, ou si un groupe de travail pourrait être constitué à cette fin.

32. M. ECONOMIDES dit que la Commission a pour tâche la codification et le développement progressif. La codification exige de se concentrer sur les règles coutumières existantes et éventuellement sur d'autres éléments tels que la doctrine et, en particulier, la pratique. Dans le cas présent, cependant, le Rapporteur spécial n'a pas cherché à entreprendre une codification sur la base du droit coutumier existant qui régit les effets des conflits armés sur les traités. Chacun s'accorde à reconnaître que la Charte des Nations Unies fait partie du droit coutumier et fait partie du *jus cogens*. Elle aboutit à trois conclusions qui ne sont pas reflétées dans le rapport du Rapporteur spécial: premièrement, les conflits armés internationaux sont, *ipso facto*, illégaux; deuxièmement, l'agression est interdite; troisièmement, l'État qui exerce son droit de légitime défense a la sympathie de l'ensemble de la communauté internationale et doit être aidé de toutes les manières possibles, notamment par le Conseil de sécurité. Au lieu de cela, le projet d'article 10 se réfère au droit général concernant la légalité; mais cette légalité n'existe pas, et la Commission doit mettre en relief les obligations qui découlent de la Charte. L'idée du Rapporteur spécial de régler le problème en incluant une disposition ou une référence au droit à la sécurité collective n'est pas appropriée. La Commission doit plutôt suivre la même démarche que dans l'article 41 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui énonce des obligations spécifiques sous la forme de règles de fond, et l'unique règle pertinente en l'espèce est qu'une distinction doit être établie entre l'État agresseur et l'État qui exerce son droit de légitime défense[3]. La Commission doit adopter la distinction établie par l'Institut de droit international dans sa résolution d'Helsinki[4], en s'efforçant de l'améliorer autant que possible. Sans cela, elle donnera l'impression qu'elle n'est pas en phase avec son époque.

33. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA approuve la suggestion de M^me^ Escarameia tendant à constituer un groupe de travail qui serait chargé d'élaborer un questionnaire. Il serait ravi d'en faire partie. Il approuve également les observations de M. Economides, en particulier en ce qui concerne la nécessité de recourir à la résolution de l'Institut de droit international. Cela étant, il convient de garder à l'esprit que l'Institut s'occupe de ce que l'on pourrait appeler « codification doctrinale », tandis que la Commission s'intéresse au droit positif. Il ne s'agit donc pas de simplement répéter les idées de l'Institut, mais plutôt de faire bon usage de sa résolution.

34. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il est parti de l'hypothèse selon laquelle un questionnaire serait élaboré à un moment ou à un autre pour chercher à connaître les vues des gouvernements de manière organisée, plutôt que d'attendre d'éventuelles réactions plus spontanées. Il est ouvert en ce qui concerne la manière de procéder, mais l'idée de constituer un groupe de travail

---

[3] *Annuaire… 2001*, vol. II (2^e^ partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 29 et 122.

[4] *Annuaire*, vol. 61, t. 2 (session d'Helsinki, 1985), Paris, Pedone, 1986, p. 278 à 283.

uniquement pour cela lui paraît excessive. Il faut bien entendu un mécanisme approprié. On pourrait peut-être s'en occuper pendant la seconde partie de la session en cours.

35. S'agissant de l'observation de M. Pambou-Tchivounda, tenter de codifier le droit relatif à l'emploi de la force serait, pour la Commission, la pire démarche à suivre, parce que cela ne fait pas partie de son mandat et que cela créerait une grave confusion en donnant l'impression qu'elle pense que les principes en question ne sont pas bien établis. C'est pourquoi la manière la plus évidente de régler le problème est d'insérer une disposition concernant l'Article 51 de la Charte des Nations Unies. Plusieurs autres questions sont en jeu, notamment la relation entre l'exercice du droit de légitime défense et les relations conventionnelles en question, qui est un problème de causalité.

36. M. ECONOMIDES dit qu'il n'a jamais invité la Commission à codifier le droit relatif à l'emploi de la force ni même à tenter de l'analyser ou de le reproduire. Ce qu'il a fait observer, c'est que la Commission avait l'obligation de déterminer les conséquences du caractère illégal d'un conflit armé international pour l'extinction des traités ou la suspension de leur application. L'État agresseur a-t-il le droit, ayant déclenché une guerre d'agression, d'annuler ou de suspendre un traité international qui ne lui convient pas? De son avis, la réponse est catégoriquement « non », ce qui est également l'avis de l'Institut de droit international. L'État qui exerce son droit de légitime défense a-t-il le droit d'annuler ou de suspendre certains traités qui sont incompatibles avec l'exercice du droit de légitime défense? La réponse est catégoriquement « oui ». Voilà la différence.

37. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il a simplement voulu souligner la différence entre la codification doctrinale, qui est le travail des universitaires, et la codification du droit positif, qui est celui de la Commission. Dans certains domaines, ces deux exercices peuvent se compléter. Le Rapporteur spécial a mal compris le sens de son intervention: il voulait dire que la Commission devait s'appuyer sur la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international.

38. M. DUGARD dit qu'il tend à rejoindre le Rapporteur spécial à propos de la relation entre le projet d'articles et l'emploi de la force. Cependant, il est clair qu'il y a des divergences d'opinions sur le sujet. M. Economides a appelé l'attention avec force sur un autre point qui mérite d'être examiné au début des travaux de la Commission. Il pourrait être utile de constituer un groupe de travail pour examiner la question; sans cela, le Rapporteur spécial risque d'élaborer un deuxième ensemble de projets d'article dans lequel il réaffirmera simplement la position qu'il a adoptée dans son premier rapport. Étant donné que l'ordre du jour de la Commission pour la session en cours n'est pas aussi chargé qu'il le sera sans doute en 2006, il pourrait être utile de régler la question dès maintenant dans le cadre d'un groupe de travail.

39. M. CHEE dit qu'il y a des différences entre les dispositions de la Charte et la pratique des États en ce qui concerne l'emploi de la force. En vertu de l'Article 51 de la Charte, la force peut être employée dans l'attente d'une décision du Conseil de sécurité. C'est donc le Conseil de sécurité qui décide couramment de la légalité ou de l'illégalité d'une action donnée. En utilisant l'expression « toutes les mesures appropriées », les résolutions du Conseil de sécurité donnent l'impression qu'elles vont au-delà de ce que prescrit la Charte. Toute la notion d'emploi de la force doit être examinée.

40. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il est quelque peu surpris par l'affirmation de M. Dugard selon laquelle son deuxième rapport ne ferait que répéter le libellé de l'article 10. Il a expliqué, à maintes reprises, que l'article 10 visait à susciter des commentaires, et tel a été le cas. Il est très peu probable qu'il le laissera en l'état. De fait, il a récemment déclaré qu'il le modifierait. En outre, il a tenu à inclure dans son rapport les trois articles pertinents de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international (par. 123). Ayant été membre de cet organe pendant près de 30 ans, il connaît très bien ses activités et il est tout à fait disposé à utiliser ses documents.

41. Le PRÉSIDENT dit que le Rapporteur spécial a toute latitude pour élaborer le questionnaire qui sera adressé aux États, et que le secrétariat se tient à sa disposition pour l'aider dans cette tâche.

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. A, A/CN.4/547 et A/CN.4/553, A/CN.4/556, A/CN.4/L.666/Rev.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

42. M. PELLET dit que le Rapporteur spécial a de nouveau présenté un rapport dense et complet qui, bien que parfois allusif, est à la fois stimulant et convaincant. Il souhaite toutefois, avant de parler des projets d'article et des raisonnements sur lesquels ils se fondent, mentionner un point important de désaccord avec le Rapporteur spécial.

43. M. Pellet désapprouve le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 8. Le paragraphe 1 affirme qu'il y a violation d'une obligation internationale par une organisation internationale lorsqu'un fait de ladite organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci. Le paragraphe 2 affirme que le paragraphe 1 s'applique également « en principe » à la violation d'une obligation énoncée par une règle de l'organisation. M. Pellet ne comprend pas pourquoi le Rapporteur spécial a choisi d'inclure les mots « en principe ». En premier lieu, il ne trouve pas cela satisfaisant du point de vue fonctionnel. Le projet d'articles doit éclairer les États et les organisations internationales sur la manière dont ils risquent de voir leur responsabilité internationale engagée. Les mots « en principe » leur signalent qu'il y a un problème mais ne leur disent pas de quel problème il s'agit ni comment y faire face.

44. Le problème en question est exposé par le Rapporteur spécial dans la première phrase du paragraphe 22 de son rapport: si une organisation n'applique pas les règles

qu'elle s'est donnée et sur lesquelles les États peuvent compter, elle engage sa responsabilité, sauf s'il existe des règles spéciales propres à l'organisation, auquel cas les États membres, mais pas les États tiers, ne pourraient se prévaloir d'un quelconque fait illicite. Mais cette exception est couverte par le paragraphe 23 du rapport, dans lequel le Rapporteur spécial fait part de son intention de soumettre ultérieurement un projet d'articles prévoyant l'hypothèse des règles spéciales concernant le traitement spécifique des violations d'obligations, notamment pour ce qui est de l'existence d'une violation. M. Pellet ne sait pas si le cas s'est déjà présenté, mais il pense que c'est une sage précaution de la part du Rapporteur spécial que de prévoir une telle possibilité. Il faudrait mentionner quelque part que, comme le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, le projet à l'examen a un caractère supplétif.

45. Si c'est cela que les mots « en principe » visent, ils sont superflus, puisque la future clause générale y pourvoira; sans cela, chaque projet d'articles devra énoncer que les règles s'appliquent « en principe » à moins que des règles spéciales ne l'emportent sur les règles générales.

46. Cependant, ce n'est pas la seule signification que le Rapporteur spécial semble donner aux mots « en principe », si l'on en juge par la dernière phrase du paragraphe 22 de son rapport, selon laquelle « le libellé du paragraphe doit être assez souple pour autoriser des exceptions en ce qui concerne les organisations dont les règles ne peuvent plus être considérées comme faisant partie du droit international ». M. Pellet craint qu'il ne s'agisse d'une référence aux organisations internationales d'intégration, en particulier l'Union européenne. Cela est confirmé par le fait qu'au paragraphe 21, le Rapporteur spécial mentionne l'affaire *Flaminio Costa c. E.N.E.L.*, dans laquelle la Cour de justice des Communautés européennes a déclaré que « le Traité de la CEE [avait] institué un ordre juridique propre » [p. 1158 et 1159], en oubliant que dans un arrêt précédent [*Van Gend & Loos*] elle avait estimé que le système juridique de la Communauté européenne était un nouveau système juridique de droit international, fondé sur un traité qui était la base de son existence [p. 23]. Cela serait également le cas si la Constitution européenne, qui est également un traité, entrait en vigueur. Bien qu'importantes, des discussions théoriques sur ces systèmes ne permettront pas de régler le problème qui préoccupe M. Pellet.

47. Aux fins de l'article 8, une distinction doit être établie entre l'existence de la violation d'une obligation internationale vis-à-vis, d'une part, des États membres d'une organisation, et, d'autre part, des États tiers. Quelle que soit la nature des règles de l'organisation ou de l'organisation elle-même, les États tiers ne sont évidemment pas liés par ces règles; et s'ils sont en droit de compter sur le respect des règles en question, c'est sur la base d'un engagement de l'organisation à leur égard, par un traité, par un acte unilatéral express ou par estoppel; mais certainement pas parce que les règles de l'organisation auraient une valeur particulière vis-à-vis des États tiers; ce sont des *res inter alios acta*.

48. S'agissant des États membres de l'organisation, peu importe aussi la nature des règles internes de l'organisation, mais pour d'autres raisons. Soit le principe énoncé au paragraphe 2 du projet d'article 8 s'applique sans exception, auquel cas les mots « en principe » sont superflus, soit les règles internes en question ne s'appliquent pas parce que les rapports entre l'organisation et ses États membres sont régis par des règles spéciales, et l'hypothèse est couverte par la clause sans préjudice que le Rapporteur spécial envisage de soumettre plus tard et qui rend les mots « en principe » non seulement superflus mais aussi ambigus.

49. Ce serait une erreur pour la Commission que de chercher à préserver dans son projet d'articles la spécificité des règles internes de l'Union européenne. Bien entendu, le droit communautaire existe et il constitue un ordre juridique comme celui de toutes les organisations internationales; il présente évidemment de nombreuses caractéristiques originales par rapport au droit international général. C'est néanmoins ce dernier que la Commission a été chargée de développer progressivement et de codifier. Les relations entre l'Union européenne et les États non membres, comme celles de toutes les autres organisations internationales, sont soumises aux règles du droit international général, qui est suffisamment flexible pour leur permettre d'organiser comme elles l'entendent leurs rapports avec leurs États membres. Le projet d'articles doit traiter l'Union européenne et les organisations similaires comme toutes les autres organisations internationales, étant entendu que ces organisations doivent être libres de réglementer comme elles l'entendent les questions de responsabilité dans leur droit interne.

50. M. Pellet dit qu'il a jugé que les problèmes posés par les mots « en principe » au paragraphe 2 du projet d'article 8 étaient suffisamment importants pour qu'il s'y attarde quelque peu. Ses autres commentaires portent moins sur le libellé des projets d'articles eux-mêmes que sur le raisonnement du Rapporteur spécial, tel qu'il l'explique dans ses observations. Il espère que le Rapporteur spécial tiendra compte de ses remarques lorsqu'il rédigera les commentaires du projet d'articles.

51. M. Pellet ne reproche pas au Rapporteur spécial sa décision d'utiliser comme point de départ le projet d'articles de 2001 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en s'en écartant selon que de besoin. Cette démarche a des avantages, surtout le fait que la Commission n'aura pas à repartir de zéro pour élaborer le projet d'articles. Cela dit, le Rapporteur spécial sous-estime parfois les différences entre son sujet et celui de la responsabilité de l'État. Par exemple, aux paragraphes 8 et 9 de son rapport, il affirme que, comme pour les États, les difficultés d'exécution, par les organisations internationales, de leurs obligations internationales peuvent tenir au processus politique de prise de décisions. Il y a toutefois une différence importante: dans le cas des organisations internationales, les personnes ou organes qui participent à ce processus sont eux-mêmes des sujets de droit international − dans la plupart des cas, des États − et non des sujets de droit interne. Bien qu'il soit possible de transposer le raisonnement qui sous-tend le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, on ne peut pas se borner à dire que le problème est le même, même si l'on aboutit à la même conclusion.

52. De même, il n'est peut-être pas nécessaire de préciser dans le projet d'articles qu'une organisation est responsable au plan international de l'exécution des obligations qu'elle a contractées même lorsqu'elle s'en acquitte par l'intermédiaire de ses États membres, comme le Rapporteur spécial le fait observer au paragraphe 15 de son rapport. Ici encore, il faut garder à l'esprit que le contexte est très différent de celui des articles sur la responsabilité de l'État, parce que les acteurs de la mise en œuvre de l'obligation sont eux-mêmes des sujets de droit international.

53. Le Rapporteur spécial a une fâcheuse tendance à reporter l'examen de certains problèmes. Au paragraphe 14 de son rapport, par exemple, il cite l'arrêt que la Cour de justice des Communautés européennes a rendu dans l'affaire *Parlement européen c. Conseil de l'Union européenne*, dans lequel la Cour a déclaré que la Communauté et ses États membres étaient conjointement responsables à l'égard des États ACP de l'exécution de toute obligation résultant des engagements souscrits dans la Quatrième Convention ACP-CEE de Lomé du 15 décembre 1989 [p. I-661 et 662 de l'arrêt]. Au paragraphe 15 de son rapport, le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas utile de prendre cette hypothèse en considération dans le projet d'articles, sans doute parce qu'il considère que l'on pourra s'en occuper lorsqu'on en sera au stade de la mise en œuvre de la responsabilité. Bien que ce soit en effet à ce niveau que le principe de la responsabilité conjointe entre en jeu, l'acte illicite peut être conjointement attribué aux deux catégories de sujets du droit international, à savoir la Communauté européenne ou d'autres organisations internationales et les États. Il aurait peut-être été préférable de régler cette question au niveau de l'attribution de l'acte aux deux sujets du droit international afin de tirer les conclusions appropriées au moment de l'examen de la mise en œuvre de la responsabilité.

54. M. Pellet approuve l'esprit du projet d'article 16, qui énonce deux points de principe, à savoir qu'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle oblige un ou des États membres à commettre, par action ou omission, un fait internationalement illicite, et qu'elle peut engager sa responsabilité si elle recommande ou autorise la commission d'un tel fait − bien que le projet d'article n'explique pas comment elle peut engager sa responsabilité dans le deuxième cas. Il nourrit cependant quelques réserves à l'égard du texte du projet d'article, ainsi qu'une réelle préoccupation à propos d'un aspect du raisonnement du Rapporteur spécial.

55. En ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 1, M. Pellet se demande s'il est réellement nécessaire d'attendre que le fait ait été commis pour que la responsabilité de l'organisation internationale soit engagée. Cela semble être l'opinion du Rapporteur spécial, bien qu'il ne fournisse aucune explication sur ce point au paragraphe 36 de son rapport; mais M. Pellet pense que cette conclusion est loin d'être évidente. En fait, il se demande si le fait qu'il faille attendre qu'un acte illicite ait été commis ne préjuge pas la question délicate de savoir si un État peut engager sa responsabilité du seul fait de l'adoption d'une loi contraire au droit international. La question de savoir si la seule adoption d'une telle loi constitue un fait internationalement illicite ou si la loi doit avoir été appliquée demeure controversée. Dans le commentaire relatif à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État[5], la Commission a simplement cité des arrêts de la CPJI et de la CIJ, selon lesquels un État engage sa responsabilité du fait de ses lois. Ces précédents, cités notamment dans la note de bas de page 108 du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session[6], semblent indiquer que la simple adoption d'une telle loi suffit pour qu'un État engage sa responsabilité. De même, dans le paragraphe 2 du commentaire relatif à l'article 12 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, la Commission a indiqué expressément que la simple adoption d'une loi pouvait aboutir à une violation du droit international et, par-là, engager la responsabilité de l'État[7].

56. M. Pellet est de ceux qui pensent qu'il faut considérer que la simple adoption d'une loi autorisant un fait internationalement illicite, même si cette loi n'est pas mise en application, suffit à engager la responsabilité d'un État. Dans le cas contraire, un État pourrait utiliser l'existence d'une telle loi comme moyen de dissuasion, ce qui aurait des effets redoutables. Il doit en aller de même lorsqu'une organisation adopte une décision imposant à ses membres de commettre un fait internationalement illicite, ne fût-ce que parce qu'il vaut mieux prévenir que guérir. Pour ces raisons, il conviendrait que le Comité de rédaction examine très soigneusement l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 16.

57. Un problème différent se pose en ce qui concerne l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet d'article 16, selon lequel une organisation engage sa responsabilité internationale si elle autorise un État membre à commettre un fait internationalement illicite ou si elle recommande un tel fait, dès lors que « le fait en question est commis ». En pareil cas, il n'y a pas fait internationalement illicite simplement parce que l'organisation internationale l'a autorisé ou recommandé. L'État conserve la liberté de choisir de mettre en œuvre la décision ou non, et c'est seulement s'il l'applique qu'un acte internationalement illicite est commis. Cela dit, si l'on admet, comme le Rapporteur spécial, que la responsabilité de l'organisation internationale est cependant engagée, cela pose au moins deux problèmes juridiques très épineux qui ne sont pas réglés par le Rapporteur spécial. Le premier est la question de savoir à partir de quand la responsabilité de l'organisation internationale est engagée. Est-ce à la date de l'adoption de la décision ou à la date de la commission du fait illicite par l'État membre? Il s'agit clairement d'un fait illicite composite au sens de l'article 15 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, mais malheureusement, les articles adoptés par la Commission en 2001 sont beaucoup moins clairs sur ce point que le « projet Ago » adopté en première lecture en 1996[8]. Le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction devraient examiner ce problème en se référant non seulement au projet d'articles de 2001, mais surtout au « projet Ago », qui couvre toutes les éventualités.

---

[5] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 77, p. 41 à 44.

[6] Ibid., p. 42.

[7] Ibid., p. 57.

[8] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), p. 62.

58. Le deuxième problème que pose la solution retenue à juste titre par le Rapporteur spécial à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 16 est la question de savoir comment se conjuguent la responsabilité de l'organisation, d'une part, et celle de l'État ou des États membres, d'autre part. Sera-t-elle conjointe, conjointe et solidaire, partagée ou parallèle? M. Pellet est d'accord avec l'affirmation du Rapporteur spécial au paragraphe 41 du rapport, selon laquelle la responsabilité de l'organisation dépendra de la mesure dans laquelle elle a participé au fait. Mais comment déterminer cette « mesure »? On retrouve ici la question des difficultés d'exécution des décisions des organisations internationales, que M. Pellet a déjà évoquée. Au paragraphe 43, le Rapporteur spécial recommande que la question du degré de responsabilité soit examinée à un stade ultérieur, peut-être lorsqu'on traitera de la mise en œuvre de la responsabilité. M. Pellet est toutefois d'avis qu'il serait préférable que la Commission affronte le problème dès maintenant.

59. Avant de revenir au paragraphe 1 du projet d'article 16, M. Pellet a une observation à faire au sujet de l'alinéa *a* du paragraphe 2. Cette disposition, selon laquelle une organisation internationale n'engage sa responsabilité internationale, lorsqu'elle a autorisé ou recommandé un fait internationalement illicite, que si « le fait sert un intérêt de ladite organisation », est illustrée, au paragraphe 40 du rapport, par un exemple qui n'est pas convaincant. Si une organisation internationale recommande à un État membre de commettre un acte qui constitue une violation du droit international général ou l'y autorise, et si l'organisation n'a pas le pouvoir de délier l'État de ses obligations en vertu du droit international, alors elle a concouru au fait illicite, bien qu'il soit difficile de déterminer dans quelle mesure. L'exemple fourni par le Rapporteur spécial au paragraphe 40 du rapport semble confirmer cette opinion[9]. Le Comité des sanctions a le droit de délier un État membre de ses obligations en vertu de la Charte des Nations Unies s'il agit dans le cadre du Chapitre VII de la Charte, mais uniquement à condition qu'il ne s'agisse pas d'une obligation découlant d'une norme du droit international (*jus cogens*). En admettant que l'exportation de fréon vers l'Iraq ait constitué un fait internationalement illicite malgré l'autorisation du Comité des sanctions, il n'en reste pas moins que ce fait a été commis grâce à, peut-être à l'instigation de, l'organisation, et que celle-ci a une part de responsabilité, quand bien même le fait ne servait pas directement ses intérêts.

60. Pour ces raisons, M. Pellet pense que le Comité de rédaction devrait simplement supprimer l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 16, quitte à expliquer dans le commentaire qu'il peut arriver qu'une organisation internationale qui a autorisé ou recommandé un fait internationalement illicite n'ait aucune responsabilité, si l'on arrive à trouver des exemples convaincants d'une telle situation. Lui-même n'en a pas trouvé, et il ne pense pas que celui du Rapporteur spécial soit convaincant. En tout état de cause, même si l'on peut trouver de tels exemples, la règle énoncée à l'alinéa *b* du paragraphe 2 de l'article 16 lui paraît beaucoup trop générale et absolue pour être incluse dans le projet.

61. Au paragraphe 31 de son rapport, le Rapporteur spécial dit que si le comportement prescrit par une décision obligatoire de l'organisation implique nécessairement la commission d'un fait illicite, la responsabilité de l'organisation serait également engagée. La responsabilité serait donc partagée, dans une mesure qui reste à déterminer, entre l'organisation et l'État ou les États qui mettent en œuvre la décision, alors même que ces États n'ont pas d'autre choix, en vertu des règles de l'organisation, que de l'appliquer. Cependant, dans le même temps, les États peuvent avoir une autre obligation internationale qui serait violée par l'application de la décision. Il n'est pas certain qu'il y ait nécessairement partage de la responsabilité, comme l'implique le mot « également ». Il est toutefois clair que si un État peut choisir de s'acquitter de ses obligations à l'égard de l'organisation internationale ou de commettre ou de ne pas commettre un fait internationalement illicite, c'est, en dernier ressort, à lui de décider. Le fait que seul l'État soit responsable des violations de ses obligations internationales peut être déduit du paragraphe 2 de l'article 16 et de l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*, dans lequel la Cour a estimé que le Royaume-Uni s'était acquitté de ses obligations envers la Communauté européenne d'une manière qui constituait une violation de la Convention européenne des droits de l'homme, alors qu'il aurait pu faire autrement. Cependant, lorsqu'une organisation internationale contraint l'un de ses membres à enfreindre le droit international, elle seule doit être tenue pour responsable, et c'est la conclusion que l'on doit tirer des affaires *Krohn c. Commission* et *Dorsch Consult c. Conseil et Commission*, citées au paragraphe 34 du rapport, bien que le Rapporteur spécial fasse observer à juste titre que les arrêts rendus dans ces affaires concernent des questions de compétence.

62. Lorsqu'un État a, à l'égard d'une organisation internationale, une obligation qui contredit une autre obligation découlant du droit international, il doit décider de laquelle il va s'acquitter. Par conséquent, il engage sa responsabilité par sa décision de ne pas exécuter l'autre obligation. En pareil cas, on ne peut pas dire que l'État et l'organisation internationale sont « également » responsables; ils le sont séparément pour différentes raisons, car l'organisation internationale peut avoir contraint l'État à agir d'une manière contraire à ses obligations en vertu du droit international général, tandis que l'État est responsable parce qu'il a respecté ses obligations à l'égard de l'organisation.

63. En outre, l'idée d'un partage de la responsabilité entre l'État et l'organisation internationale semble incompatible avec la tendance actuelle qui est à l'approfondissement des intégrations régionales, non seulement en Europe, mais aussi en Amérique latine et en Afrique. Compte tenu de cette tendance, si l'on confronte les États au dilemme de choisir entre leurs obligations à l'égard d'une organisation et leurs obligations en vertu du droit international, on les place dans une situation intolérable. Il serait préférable d'encourager les organisations

[9] La fourniture de fréon à l'Iraq a été autorisée par le Comité des sanctions au titre de la résolution 661 (1990) du Conseil de sécurité, en date du 6 août 1990, telle qu'amendée par la résolution 687 (1991) en date du 3 avril 1991. Pour l'État exportateur, cet approvisionnement constituait une violation du Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone. Voir aussi Nations Unies, *Annuaire juridique 1994* (numéro de vente: 00.V.8), p. 500 et 501.

elles-mêmes à respecter le droit international général et de les contraindre à assumer la responsabilité de leurs propres actes.

64. Bien entendu, ce raisonnement conduit à une objection fréquente: si les organisations, et non les États, sont tenues pour responsables, les tribunaux internationaux pourraient bien être empêchés de se prononcer. C'est fort possible en effet, étant donné que les tribunaux internationaux − à tort, de l'avis de M. Pellet − n'ont pas actuellement compétence pour connaître des violations commises par des organisations internationales. C'est pour cette raison qu'ils connaissent peu d'affaires de ce type. Cela étant, il ne faut pas confondre les questions de fond liées à la responsabilité avec les problèmes concernant la compétence des tribunaux internationaux.

65. En somme, M. Pellet n'est pas hostile à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 16, mais il pense qu'il ne va pas assez loin. Si le Rapporteur spécial est d'avis que la responsabilité des organisations internationales n'exclut pas celle des États, il devrait le dire clairement, exposer son raisonnement et préciser la relation entre les deux types de responsabilité. M. Pellet estime que la Commission devrait décider, par principe, que lorsqu'une organisation internationale contraint des États à agir en violation du droit international, elle seule doit être tenue pour responsable.

66. M. YAMADA dit que sur le plan de la forme, il serait souhaitable de regrouper en différents chapitres les sept projets d'articles sur le sujet qui ont déjà été provisoirement adoptés par la Commission[10], comme on l'a fait dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. De même, les projets d'articles 8 à 11 sur la responsabilité des organisations internationales devraient être regroupés sous le chapitre «Violation d'une obligation internationale par une organisation internationale» et les projets d'articles 12 à 16 sous «Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation». Cela serait non seulement utile pour le lecteur, mais contribuerait aussi à souligner que le projet d'article 7 concerne l'attribution du comportement et non celle de la responsabilité. Selon cet article, fondé sur l'article 11 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État[11], «un comportement qui n'est pas imputable à une organisation internationale en vertu des articles qui précèdent est néanmoins considéré comme un fait de cette organisation internationale au regard du droit international si, et dans la mesure où cette organisation le reconnaît et l'adopte comme étant sien». Le problème avec cette disposition est que, s'il est possible pour une organisation internationale de transférer l'attribution du comportement depuis l'État ou l'organisation internationale contrevenant, il n'est pas possible de transférer la responsabilité du contrevenant initial sans le consentement formel des autres États ou organisations internationales qui ont été lésés par le fait illicite: la responsabilité demeure celle du contrevenant initial. Malheureusement, ce problème n'est pas résolu dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, mais on peut encore le régler en incluant une référence au projet d'article 7 dans le projet d'article 15.

67. En ce qui concerne les règles de l'organisation et la violation d'une obligation internationale, M. Yamada approuve l'idée du Rapporteur spécial selon laquelle certaines règles d'organisations internationales font partie du droit international et les violations de ces règles doivent être abordées dans le projet d'articles. Le paragraphe 2 du projet d'article 8 lui pose toutefois problème. Il comprend que le Rapporteur spécial s'efforce de limiter la portée des règles de l'organisation en insérant les mots «en principe», mais il pense qu'il faudrait employer un libellé plus précis. En outre, tel qu'il est actuellement rédigé, le paragraphe 2 du projet d'article 8 peut signifier que la violation d'une obligation découlant d'une règle de l'organisation diffère de la violation d'une obligation internationale mentionnée au paragraphe 1 du même article. Le Comité de rédaction devrait cependant être en mesure de clarifier ce point.

68. M. Yamada est également gêné par le projet d'article 15, autre article calqué sur l'article correspondant du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Selon le projet d'article 15, «les articles 12 à 14 sont sans préjudice de la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale…» Cela est en accord avec le projet d'article 12, selon lequel «une organisation internationale qui aide ou assiste un État ou une autre organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite […] est internationalement responsable…» pour l'aide ou l'assistance fournie, tandis que le contrevenant initial demeure responsable pour le fait en question. Cependant, les projets d'articles 13 et 14 supposent que l'organisation internationale et le contrevenant initial sont tous deux responsables du fait. Si tel est le cas, on peut se demander comment cette responsabilité est répartie entre eux. Ce problème doit être examiné plus en détail.

69. Le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales «s'applique aussi à la responsabilité internationale de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale», comme cela est indiqué au paragraphe 2 du projet d'article premier. Le fait que la responsabilité de l'État soit engagée du fait qu'il est membre d'une organisation est un point crucial, et M. Yamada attend avec intérêt des projets d'articles ou des vues préliminaires concernant cette question.

70. M. KOLODKIN dit qu'il approuve l'idée du Rapporteur spécial selon laquelle certains des projets d'articles qui ont déjà été adoptés devraient être réexaminés avant la première lecture, compte tenu des observations formulées par des gouvernements et des organisations internationales, en particulier en ce qui concerne l'imputation du comportement aux organisations internationales et les règles de ces organisations. Pour ce qui est du projet d'article 3 consacré aux principes généraux, le Rapporteur spécial a soulevé la question de savoir si un fait illicite d'une organisation internationale peut consister non seulement en une action, mais aussi en une omission. En théorie, la réponse est oui, mais cela ne ressort pas clairement de l'exemple fourni au paragraphe 10 du rapport − le fait que l'ONU n'ait pas empêché le génocide au Rwanda.

[10] Pour les projets d'articles et les commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission, voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), par. 71 et 72.

[11] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 77, p. 55.

Cet exemple pose la question de savoir si la responsabilité de fournir une protection était déjà établie en tant qu'obligation internationale et si une violation d'une obligation de ce type engageait la responsabilité internationale de l'ONU et, peut-être, de ses États membres. En outre, il n'y a pas de position claire en ce qui concerne la responsabilité internationale des membres du Conseil de sécurité qui ont opposé leur veto à une résolution qui aurait pu empêcher le génocide. C'est une chose que d'analyser sur le plan politique le fait que l'ONU n'ait pas empêché le génocide au Rwanda, c'en est une autre que de lui attribuer une responsabilité internationale pour ne pas être intervenue.

71. Pour ce qui est de la question de savoir si le projet d'articles doit viser des organisations telles que la Communauté européenne, M. Kolodkin pense qu'une exception spéciale ou une réserve concernant ces organisations devrait figurer dans le projet d'articles, d'autant que le droit communautaire diffère des règles internes des organisations internationales au sens traditionnel et que la Communauté ressemble de moins en moins à une organisation internationale à mesure qu'elle devient plus intégrée.

72. En ce qui concerne les règles de l'organisation, il ressort tout à fait clairement du paragraphe 4 du projet d'article 4 qu'un grand nombre d'entre elles relèvent du droit international. On ne peut établir de distinction facile et catégorique entre les règles de l'organisation et le droit international. En outre, l'expression « règles de l'organisation » ne se réfère pas à toutes les règles ou décisions individuelles adoptées par les organisations internationales, mais seulement à celles qui concernent le fonctionnement interne de l'organisation. L'exemple fourni au paragraphe 20 du rapport n'est pas très utile; la résolution du Conseil de sécurité examinée par la CIJ dans l'affaire *Lockerbie* ne peut pas être considérée comme une règle de l'organisation.

73. En ce qui concerne les projets d'articles 8 à 11, M. Kolodkin partage l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle ils doivent, *mutatis mutandis*, être calqués sur les projets d'articles correspondants concernant la responsabilité de l'État. Il convient toutefois de noter que le libellé du paragraphe 2 du projet d'article 8 ne reflète pas pleinement l'idée exprimée au paragraphe 22 du rapport selon laquelle le champ d'application des projets d'articles doit englober les violations d'obligations découlant des règles de l'organisation dans la mesure où ces règles ont conservé le caractère de règles de droit international.

74. Passant au chapitre du rapport consacré à la responsabilité des organisations internationales à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation, M. Kolodkin dit que le projet d'article 12 concernant l'aide ou l'assistance dans la commisssion du fait internationalement illicite peut, de même que les projets d'articles 8 à 11, être envoyé au Comité de rédaction. En revanche, les projets d'articles 13, 14 et 16, qui touchent à la distinction fondamentale entre les États et les organisations internationales, ne doivent pas simplement reproduire les articles correspondants sur la responsabilité de l'État. Contrairement aux États, une organisation internationale peut obliger d'autres organisations internationales à commettre certains actes et les contraindre à agir d'une certaine manière en adoptant des décisions qui sont contraignantes pour elles. Une organisation internationale peut donc exercer un contrôle normatif sur les activités d'autres sujets du droit international. Les États n'ont pas cette possibilité, sauf sur leur propre territoire. La Commission se trouve face au problème de définir les effets des décisions obligatoires d'une organisation internationale dans le contexte de la responsabilité internationale, problème compliqué par le fait que les organisations internationales ont des membres qui participent à l'adoption des décisions dans l'organisation. L'adoption des décisions obligatoires mentionnées à l'alinéa *a* du paragraphe 1 du projet d'article 16 peut dans de nombreux cas être considérée comme une forme de contrainte. Si l'on peut parler de « contrôle normatif », on peut également parler de « contrainte normative » (par. 35 du rapport). En fait, les décisions adoptées par le Conseil de sécurité au titre du Chapitre VII de la Charte peuvent être considérées comme des mesures de coercition. Si les mesures de coercition visées au projet d'article 14 sont des mesures autres que les décisions obligatoires adoptées par les organisations internationales, il faut le dire clairement.

75. Il s'agit également de déterminer si l'adoption d'une décision obligatoire par une organisation internationale est un comportement imputable à l'organisation elle-même plutôt qu'à ses membres. Dans l'affirmative, l'organisation serait responsable non, ou non seulement, du comportement de ses membres mais aussi de son propre comportement, tel qu'exprimé dans la décision en question. L'exemple fourni au paragraphe 34 du rapport démontre que dans l'affaire *Krohn c. Commission*, la Cour de justice des Communautés européennes a estimé que le comportement illicite devait être attribué à la Commission parce qu'il n'avait pu avoir lieu que comme conséquence de l'adoption de la décision pertinente. On peut se demander si une décision obligatoire d'une organisation peut être considérée comme un comportement entraînant l'imputation de la responsabilité à cette organisation.

76. De même, en ce qui concerne le projet d'article 13 sur les directives et le contrôle dans la commission du fait internationalement illicite, on peut se demander si l'adoption d'une décision obligatoire par une organisation internationale peut être considérée comme une forme de directive et de contrôle. Au paragraphe 35 du rapport, le Rapporteur spécial dit que la notion de contrôle doit être élargie afin qu'elle englobe le contrôle normatif si l'organisation dirige et contrôle l'État membre dans la commission d'un fait illicite. Cela semble suggérer que les projets d'articles 13 et 16 se chevauchent en partie.

77. Le chapitre du rapport consacré à la responsabilité des organisations internationales à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation évoque des questions concernant la responsabilité des États membres d'organisations internationales, en particulier pour ce qui est de l'adoption de décisions contraires au droit international, et de la mise en œuvre de ces décisions, que l'État membre concerné ait voté pour ou contre. On ne voit pas clairement si la responsabilité des États pour les décisions d'organisations dont ils sont membres relève du domaine de la responsabilité de l'État ou de la responsabilité des organisations internationales.

78. Enfin, M. Kolodkin approuve l'application du critère de la liberté des États membres ou de leur pouvoir discrétionnaire s'agissant de donner effet aux décisions obligatoires d'une organisation internationale, mentionné aux paragraphes 30 et 32 du rapport et examiné par les délégations de la France et de la Fédération de Russie à la Sixième Commission[12].

Organisation des travaux de la session (*suite)**

[Point 1 de l'ordre du jour]

79. Le PRÉSIDENT annonce qu'à l'issue de consultations, il a été décidé que le Groupe de travail chargé d'examiner le sujet des ressources naturelles partagées serait composé des membres suivants: M. Candioti (Président du Groupe de travail), M. Comissário Afonso, M. Daoudi, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Opertti Badan, M. Sreenivasa Rao, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada (Rapporteur spécial), et M. Niehaus (Rapporteur), membre d'office.

La séance est levée à 12 h 55.

---

* Reprise des débats de la 2836e séance.

[12] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 22e séance (A/C.6/59/SR.22), par. 13, et 23e séance (A/C.6/59/SR.23), par. 22 à 23, respectivement.

2841e SÉANCE

Jeudi 19 mai 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. A, A/CN.4/547 et A/CN.4/553, A/CN.4/556, A/CN.4/L.666/Rev.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. MATHESON dit que la première série d'articles présentés dans le rapport (art. 8 à 11) est une adaptation raisonnable des articles correspondants relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[1]. En particulier, il pense comme le Rapporteur spécial que le fait illicite d'une organisation internationale peut consister en une action ou en une omission et que les deux cas de figure devraient être couverts par le projet d'articles. En revanche, l'exemple donné au paragraphe 10 du rapport, qui laisse entendre que la responsabilité de l'ONU pourrait être engagée pour n'avoir pas empêché le génocide au Rwanda, ne le convainc pas. S'il est persuadé que le Conseil de sécurité aurait dû autoriser le recours à la force au titre du Chapitre VII de la Charte, il doute que le Conseil ait eu l'obligation juridique de le faire et qu'il puisse être tenu juridiquement responsable pour s'en être abstenu. Il serait peut-être préférable de citer dans le commentaire des exemples qui ne mettent pas en jeu le pouvoir discrétionnaire du Conseil au titre du Chapitre VII de la Charte. Quoi qu'il en soit, les projets d'articles 8 à 11 pourraient être renvoyés au Comité de rédaction.

2. En ce qui concerne la deuxième série de projets d'articles (12 à 15), qui portent sur la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation, M. Matheson souscrit, en principe, aux propositions du Rapporteur spécial. La responsabilité d'une organisation internationale peut effectivement être engagée si cette organisation aide ou assiste, dirige, contrôle ou contraint une autre organisation ou un État dans la commission d'un fait internationalement illicite encore qu'on puisse se demander comment ce principe s'appliquerait dans des cas particuliers: il n'est pas sûr, par exemple, que le fait pour une organisation financière internationale d'imposer des conditions strictes pour un prêt équivaille à une contrainte, comme cela est suggéré au paragraphe 28 du rapport.

3. S'agissant des projets d'articles 13 et 14, selon lesquels la responsabilité d'une organisation internationale est engagée seulement si le fait de l'État serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation, M. Matheson se demande comment cette disposition s'appliquerait à des actes qui peuvent être le fait d'un État mais pas d'une organisation internationale, comme l'imposition de sanctions économiques nationales ou le défaut de poursuites nationales contre quelqu'un ayant commis certains types de délits. Il aimerait que le Rapporteur spécial lui apporte des éclaircissements sur ce point. Cela étant, il est favorable à ce que les projets d'articles 13 à 15 soient renvoyés au Comité de rédaction.

4. La disposition la plus problématique est sans conteste le projet d'article 16 relatif aux décisions, recommandations et autorisations adressées aux États et organisations internationales membres, en ce sens qu'il va plus loin que les dispositions correspondantes relatives à la responsabilité de l'État. Le paragraphe 1, qui prévoit qu'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si « elle adopte une décision obligeant un État ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis directement par elle », est acceptable, même s'il faudrait préciser, dans l'article lui-même ou dans le commentaire, que sa responsabilité n'est pas engagée si l'État en question avait la possibilité de se conformer à la décision d'une manière qui ne constitue pas un fait internationalement illicite. Par contre, le paragraphe 2, selon lequel la responsabilité d'une organisation internationale est engagée

[1] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 à 153.

si elle autorise ou recommande un fait internationalement illicite, est des plus discutables, même si M. Matheson convient que ces autorisations ou recommandations pourraient, dans certaines situations, relever les comportements visés aux articles 12 à 14 (aide ou assistance; directives et contrôle; et contrainte). On pourrait, le cas échéant, le préciser dans le texte ou dans le commentaire. Mais ce serait aller trop loin que de prétendre que les autorisations et les recommandations d'une organisation internationale engagent sa responsabilité internationale dans d'autres cas car, comme il est indiqué dans le rapport, les États ne sont pas obligés de donner suite à de telles décisions et sont d'ailleurs les mieux placés pour déterminer s'il leur est possible de le faire en toute légalité. De l'avis de M. Matheson, il serait donc exagéré d'affirmer que la responsabilité de l'organisation internationale serait automatiquement engagée dans pareil cas.

5. M. Matheson reconnaît que la formulation de l'alinéa *a* du paragraphe 2 de l'article 16 vise à limiter la portée de la disposition, mais il considère que le critère retenu ne convient pas. Il serait en effet très difficile de déterminer si un fait donné « sert un intérêt de ladite organisation ». On peut supposer, en effet, qu'il est extrêmement rare qu'une organisation autorise ou recommande telle ou telle mesure si elle n'est pas convaincue que, ce faisant, elle sert ses intérêts. On peut craindre par ailleurs que si la responsabilité des organisations internationales peut être engagée à raison d'une autorisation ou d'une recommandation dans des circonstances autres que celles visées aux projets d'articles 12 à 14, un de leurs rôles essentiels, qui consiste à émettre recommandations et autorisations, ne s'en trouve indûment inhibé. Il ne serait pas juste d'imposer à l'organisation l'obligation de déterminer si ses recommandations peuvent être appliquées légalement dans tous les cas et de la considérer comme responsable si un État agit illégalement en y donnant suite. C'est pourquoi M. Matheson pense qu'il faudrait revoir ce paragraphe.

6. Le paragraphe 3 de l'article 16 devrait être aussi reformulé, ou explicité car on ne comprend pas bien si la responsabilité d'une organisation internationale serait engagée si elle demandait à un État de commettre un acte qui ne viole pas les obligations internationales de cet État. Le projet d'article 16 met en jeu des questions de fond qui doivent absolument être réglées avant qu'il puisse être renvoyé au Comité de rédaction.

7. Pour conclure, M. Matheson soulève une question qui n'est pas directement traitée dans le projet d'articles mais qui est mentionnée dans le corps du rapport (par. 19, note 25) et sur laquelle la Commission a sollicité l'avis des États en 2004, celle de savoir si elle devrait examiner, dans le cadre du sujet à l'étude, les violations des obligations d'une organisation envers ses États membres (voir A/CN.4/556). Pour M. Matheson, la réponse est négative, car ce sont là des questions qui sont régies par les actes constitutifs d'une organisation, les règles et les décisions qui en découlent et la pratique propre à cette organisation et à ses membres. Il serait donc difficile d'élaborer des règles générales qui s'appliquent à toutes les organisations; de plus, il ne faudrait pas qu'un ensemble de règles générales l'emporte sur les obligations imposées ou les décisions prises par les organes compétents de l'organisation. Ainsi, si l'Assemblée générale prend une décision concernant la répartition de la responsabilité entre l'ONU et ses États Membres, dans le cadre des opérations de maintien de la paix ou si le Conseil de sécurité prend une décision au titre du Chapitre VII concernant la répartition de la responsabilité entre un État Membre et l'Organisation, il ne faudrait pas que ces décisions puissent être remises en cause en raison de dispositions générales incluses dans le projet d'articles. De ce fait, il faudrait, le moment venu, envisager d'adopter un article précisant que le projet d'articles ne régit pas les relations d'une organisation avec ses États membres. Il faudrait à tout le moins préciser qu'il ne prend pas le pas sur les décisions et la pratique des organisations. M. Matheson suggère que la Commission commence à réfléchir à la question et encourage les États à lui faire part de leurs vues.

8. M. PELLET dit qu'il juge fort intéressantes les observations de M. Matheson et souscrit à la plupart d'entre elles, notamment à celles qui concernent le paragraphe 1 de l'article 16. En revanche, il n'est pas convaincu, malgré l'intérêt des arguments qu'il a fait valoir, par sa dernière remarque. Il est essentiel que le projet d'articles traite des responsabilités des organisations internationales vis-à-vis de leurs États membres. Éliminer purement et simplement cet aspect de l'étude reviendrait à vider l'exercice de tout son sens.

9. M. MATHESON dit qu'il faudrait peut-être remettre ce débat à plus tard, mais fait observer que les relations des organisations avec les États tiers sont couvertes par le projet d'articles, ce qui peut être important pour les organisations qui ne sont pas universelles.

10. M. BROWNLIE, appuyant la position de M. Pellet, dit que si la Commission décidait de ne pas s'occuper de cette question cruciale, à savoir comment les États essayent parfois d'échapper à leurs responsabilités en se cachant derrière une organisation internationale, le sujet perdrait beaucoup de son intérêt.

11. M. GAJA (Rapporteur spécial) fait observer que l'un des aspects de la question de la relation des organisations internationales avec leurs États membres est traité au paragraphe 2 de l'article 8 et dans le commentaire. Ce n'est pas cet aspect de l'étude mais l'examen de la responsabilité des États membres à raison d'un fait internationalement illicite de l'organisation qui a été reporté. La Commission doit s'occuper pour l'heure de la responsabilité d'une organisation internationale envers ses membres ou envers des États tiers ou d'autres organisations internationales.

12. M. ECONOMIDES soutient la position de M. Pellet. La responsabilité des organisations internationales est certes engagée vis-à-vis d'États tiers mais aussi par des actes commis par leurs États membres, sauf s'il existe un régime spécial de responsabilité dans les relations de l'organisation en question avec ses États membres. Il faudrait donc prévoir, à la fin du projet d'articles, une disposition générale précisant que les articles ne s'appliquent pas quand un régime spécial de responsabilité est déjà en place.

13. M. Sreenivasa RAO dit que la méthode adoptée par le Rapporteur spécial, consistant à suivre la structure générale des articles sur la responsabilité de l'État, a permis à la Commission de bien progresser dans ses travaux. Il reste que, comme le Rapporteur spécial l'a lui-même reconnu, les rapports et les débats consacrés à ce sujet ont été extrêmement théoriques et il est difficile pour les membres de la Commission qui n'ont pas participé aux tumultueuses délibérations sur la responsabilité de l'État d'analyser en profondeur et de manière critique les projets d'articles proposés. Abstraction faite de cette difficulté, M. Sreenivasa Rao dit qu'il ressent un certain malaise du fait de l'orientation générale du projet d'articles. Il existe dans le monde de 200 à 300 organisations internationales créées par des traités internationaux ou d'autres instruments de droit international, qui comptent parmi leurs membres non seulement des États mais aussi d'autres entités. Les instruments constitutifs de ces organisations ainsi que leurs mandats sont des plus divers, de même que les procédures par lesquelles elles prennent leurs décisions. La plupart des organisations internationales émettent des recommandations et établissent des normes, laissant à leurs États membres la latitude de les appliquer selon leurs moyens et leur situation particulière. Chacun sait que les recommandations d'organisations internationales ont joué un rôle plus important dans l'application du droit international que leurs décisions contraignantes. Par ailleurs, dans bon nombre d'organisations internationales, et en particulier les institutions financières, les politiques sont arrêtées par les États membres mais leur exécution incombe à l'organisation. Les activités des organisations internationales sont principalement régies par les règles de l'organisation, c'est-à-dire les actes constitutifs, les résolutions, les décisions et la pratique établie. On peut dès lors se demander si, pour déterminer la base juridique du comportement d'une organisation, on peut se fonder uniquement sur les règles de l'organisation en question, sans tenir compte de la responsabilité collective des États membres qui en ont arrêté la politique générale.

14. Il serait également souhaitable d'examiner de plus près le rôle des recommandations ou des autorisations d'une organisation à ses États membres concernant l'adoption d'un comportement qui pourrait par la suite être considéré comme illicite pour établir sa responsabilité. Dans le cas de la responsabilité de l'État, il n'y a pas grande différence entre les recommandations et les autorisations dans la mesure où les États disposent d'une certaine latitude pour y donner suite. La responsabilité des organisations internationales pourrait toutefois être légèrement plus élevée dans le cas d'une autorisation. De l'avis de M. Sreenivasa Rao, ces questions sont plus importantes pour déterminer les mesures correctives à prendre en conséquence de la responsabilité que pour établir la responsabilité des organisations internationales et de leurs États membres.

15. La diversité des organisations internationales et de leurs mandats impose à la Commission d'adopter une approche plus nuancée s'agissant de l'attribution des responsabilités à une organisation internationale. Les débats ont déjà fait apparaître certaines différences, selon qu'on s'intéresse au travail de l'ONU ou à la situation de l'Union européenne. La situation serait encore différente dans le cas du FMI ou de la Banque mondiale. Ainsi, au paragraphe 28 du rapport, il est indiqué que « la responsabilité d'une organisation internationale peut être engagée parce qu'elle a assisté un État, en lui fournissant un appui financier ou autrement, dans un projet impliquant une atteinte aux droits de l'homme de certains individus ». Il faut réfléchir plus avant à cet exemple et à d'autres avant de conclure que la responsabilité des organisations concernées est engagée. Un élément important pour déterminer cette responsabilité est le fait que l'organisation internationale avait ou non connaissance des circonstances dans lesquelles le fait internationalement illicite serait commis. Un autre élément important est la question de savoir si l'État membre qui a reçu l'aide ou l'assistance avait le choix d'accepter ou non l'aide et les contraintes auxquelles elle était assujettie. Il faut aussi se demander si plusieurs options s'offraient à l'État concerné et si certaines d'entre elles auraient été compatibles avec ses obligations internationales, y compris en matière de droits de l'homme.

16. Quant aux décisions du Conseil de sécurité de l'ONU ou de l'OTAN, elles sont à n'en pas douter obligatoires et contraignantes pour les États membres de ces organisations et pourraient, dans une certaine mesure, être considérées comme des ordres mais elles sont toujours prises suivant une procédure bien déterminée. Par conséquent, les États membres qui approuvent les décisions prises conformément à cette procédure ne peuvent pas ensuite dire qu'elles leur ont été imposées, et qu'ils sont donc exonérés de toute responsabilité s'ils les suivent ou les exécutent. Dans chaque cas, il y a la responsabilité conjointe et solidaire de l'organisation et de tous ses États membres. Après tout, une organisation internationale constitue la somme de ses membres. Dans le même ordre d'idées, il n'est pas aisé d'attribuer une responsabilité directe à l'ONU pour ne pas avoir empêché le génocide au Rwanda. En effet, toute action qui doit être entreprise par l'ONU ne peut l'être que conformément à la procédure de prise de décisions applicable dans laquelle les États Membres et, en particulier, les membres permanents du Conseil de sécurité jouent un rôle essentiel, de sorte qu'ils engagent leur responsabilité. M. Sreenivasa Rao partage l'avis de M. Kolodkin, selon lequel le simple fait que le Secrétaire général ait reconnu que l'ONU aurait pu jouer un rôle ne suffit pas à établir la responsabilité de l'Organisation.

17. S'agissant de la responsabilité d'une organisation internationale dans les cas où, délibérément et volontairement, elle aide ou assiste, dirige et contrôle une autre organisation ou un État dans la commission d'un fait internationalement illicite ou les contraint à le commettre, les exemples tirés de la pratique dans ce domaine sont assez limités comme le Rapporteur spécial lui-même le reconnaît. M. Sreenivasa Rao estime qu'il faudrait peut-être réserver un traitement spécial à la Communauté européenne et à ses institutions, qui sont à maints égards *sui generis*. La responsabilité de l'ONU en cas de fait illicite commis par des forces de maintien de la paix agissant sous sa direction et son contrôle généraux devra sans doute aussi être traitée à part, à la lumière des accords spécifiques pertinents relatifs au statut de ces forces conclus entre l'Organisation et les États Membres qui fournissent des troupes.

18. Sous réserve de ces observations générales, M. Sreenivasa Rao dit qu'il n'a pas d'objection particulière à formuler à l'égard de l'orientation générale des projets d'articles présentés dans le troisième rapport, mais il est convaincu que ceux-ci devront être révisés, ou formulés ou agencés différemment, à la lumière des nouvelles observations que formuleront les différentes organisations internationales spécialisées et des réflexions de la Commission elle-même.

19. Il espère pour sa part que les mots «l'origine ou la nature», qui figurent au paragraphe 1 de l'article 8, seront expliqués dans le commentaire, et qu'ils couvriront non seulement les faits mais aussi les omissions. Bien que l'emploi de l'expression «en principe» au paragraphe 2 de l'article 8 ne lui pose pas de problème particulier, il pense qu'il conviendrait de tenir compte des observations de M. Pellet et de M. Yamada avant de parachever ce paragraphe.

20. Le projet d'article 16 est particulièrement compliqué, et bien qu'il juge intéressants les arguments avancés par M. Pellet, qui a recommandé de reformuler l'alinéa *b* du paragraphe 1 et de supprimer purement et simplement l'alinéa *b* du paragraphe 2, se demandant même si la question traitée au paragraphe 2 ne pourrait pas être mise sur le même plan qu'une violation constituée par un fait composite, M. Sreenivasa Rao ne partage pas pleinement ces vues (voir les paragraphes 4 à 6 *supra*). Selon lui, l'article 16 signifie qu'une simple décision de l'organisation ne suffit pas pour que le fait envisagé soit considéré comme accompli tant qu'il n'a pas été commis par l'État ou l'autre organisation concernée. Dans le cas d'un fait composite, dans lequel la violation peut être constituée par une série d'actions, la première des actions de la série est déjà un fait accompli aux fins de l'établissement de la responsabilité, alors que dans le cas envisagé à l'article 16, on pourrait considérer qu'il s'agit d'un acte incomplet dans la mesure où il a été conçu et préparé mais n'a pas été effectivement commis. En conclusion, M. Sreenivasa Rao exprime l'espoir que les organisations internationales apporteront un appui au Rapporteur spécial en lui faisant part de leurs observations et en lui fournissant des informations sur leur pratique.

21. M. BROWNLIE dit que la Commission ne s'est pas penchée jusqu'à présent sur la question de la création du risque, et sur le fait que les sommes qu'une organisation pourrait avoir à verser à titre de dommages-intérêts ne sont pas nécessairement inscrites à son budget. Ainsi, il est presque certain que le budget des organisations qui produisent et placent en orbite des engins spatiaux ne prévoit pas de crédits pour tenir compte des dommages éventuels que de tels engins peuvent causer. Cela pose donc, selon M. Brownlie, la question préliminaire de savoir si une organisation internationale est susceptible de créer des risques, si elle l'admet, et si elle est préparée, tant sur le plan juridique que pratique, à verser des indemnités importantes en cas de dommages. Dans le cas des organisations qui ne créent pas de risques, ce seraient les États membres qui seraient responsables à titre résiduel. M. Brownlie estime que cette question mérite d'être approfondie, compte tenu par exemple des dommages-intérêts conséquents qui devraient être versés en cas de manquement des forces de maintien de la paix à leurs devoirs.

22. M. ECONOMIDES dit que l'argument de M. Sreenivasa Rao, selon lequel les États qui approuvent une décision d'une organisation internationale ne peuvent pas ensuite dégager leur responsabilité éventuelle vis-à-vis de cette organisation, va à l'encontre de l'ensemble du droit des organisations internationales. L'on sait que les actes des organisations internationales sont des actes autonomes, qui ne sont pas considérés comme des accords des États qui participent à l'organe qui prend la décision. Donc, en théorie, il peut exister une responsabilité même vis-à-vis des États membres de l'organisation. Selon M. Economides, si l'on accepte ce point de vue, on ne peut plus parler de responsabilité à l'égard, éventuellement, des États qui n'ont pas participé au vote, et qui ont subi des dommages par suite d'un fait inter-nationalement illicite.

23. M. GAJA (Rapporteur spécial), répondant aux observations de certains membres, dit que la question de la responsabilité des États membres d'une organisation internationale sera examinée dans son quatrième rapport. Ce n'est pas la question de la responsabilité résiduelle des États membres qu'il s'agit d'examiner à présent, étant donné qu'il faut d'abord établir les règles régissant la responsabilité des organisations internationales avant d'examiner les relations que celles-ci entretiennent avec leurs États membres.

24. M. Sreenivasa RAO dit que la responsabilité des organisations internationales et la responsabilité de l'État sont les deux faces d'une même médaille. Cela étant, certaines déclarations citées dans le rapport, selon lesquelles les organisations seraient seules responsables dans certains cas et non les États, sont discutables.

25. Se référant à l'observation de M. Economides, M. Sreenivasa Rao précise qu'il n'a jamais suggéré qu'une organisation n'encourt pas une part de responsabilité en tant qu'organisation. Il distinguait simplement les États qui ne pouvaient dégager leur responsabilité à l'égard de décisions qu'ils avaient amené l'organisation à prendre, qu'ils avaient encouragées et mises en œuvre, de ceux qui ont pu contester ces décisions, qui ont voté contre ou se sont abstenus. Cependant, une organisation étant la somme des États qui la composent, la responsabilité de ces derniers est également engagée pour les actes de l'organisation en tant que telle, même s'ils n'étaient pas d'accord avec la décision en question. Le problème posé est donc bien celui de la responsabilité des organisations internationales. M. Sreenivasa Rao estime, comme le Rapporteur spécial, que la procédure de prise de décisions et la participation des États membres à une décision ne diminuent en rien le caractère solennel des obligations souscrites par une organisation en tant que telle.

26. M. BROWNLIE, précisant sa pensée, dit qu'il faut admettre que certaines organisations n'ont pas été conçues pour assumer certains risques. Cette question constitue un problème préliminaire, qui doit être examiné quel que soit l'ordre dans lequel on aborde le sujet. En effet, les objectifs ou les budgets de certaines organisations ne leur permettent pas de faire face au problème de la responsabilité délictuelle. Il s'agit en quelque sorte d'un problème de statut des organisations internationales.

27. M. GAJA (Rapporteur spécial) demande à M. Brownlie si cela signifie que, selon son statut, une organisation internationale pourrait être exonérée de toute responsabilité en cas de violation d'une obligation internationale.

28. M. BROWNLIE dit que son intention n'est pas de promouvoir l'absence de droit, mais que la Commission risque de traiter les organisations internationales comme si elles étaient une personne morale comme une autre, alors que certaines d'entre elles peuvent avoir une spécificité. Il existe selon lui un lien étroit entre la nature d'une organisation et la responsabilité résiduelle éventuelle de ses États membres pour les risques effectivement créés par le truchement de cette organisation. Mais ses fondateurs n'ont sans doute jamais envisagé, en termes budgétaires, la question de la responsabilité. En somme, M. Brownlie considère que le statut de certaines organisations internationales ne leur permet pas d'assumer la responsabilité de dommages importants, même si elles en sont à l'origine.

29. M. MANSFIELD estime qu'il faut s'en tenir à la définition des organisations internationales et au champ d'application du projet d'articles tels qu'ils ont été adoptés. Cette approche est tout à fait valable sur le plan méthodologique, même s'il est nécessaire de la confronter à la réalité par la suite.

30. M. KATEKA, évoquant le génocide au Rwanda dont il est question au paragraphe 10 du rapport et que certains membres ont mentionné, dit qu'il serait regrettable que la Commission donne l'impression, dans ses commentaires, de se situer dans le domaine de l'abstraction, alors que des événements de ce type se sont réellement produits. Sans se prononcer sur la responsabilité des organisations internationales dans de tels cas, la Commission ne doit pas laisser penser qu'elle minimise le fait que des crimes graves puissent être commis et que l'organisation concernée, par omission ou pour toute autre raison, n'intervienne pas et qu'elle trouve cela normal.

31. M. CHEE rappelle qu'une organisation internationale est composée d'États et qu'il est donc possible qu'elle soit responsable d'un crime qui a été en réalité commis par des individus, ou qu'elle commette des actes délictueux au nom d'un État.

32. M. Sreenivasa RAO partage totalement l'avis de M. Kateka et se félicite qu'il ait abordé ce point. En effet, il ne s'agit nullement d'exonérer l'ONU de sa responsabilité morale pour ne pas être intervenue lors du génocide au Rwanda et, donc, pour ne pas avoir été capable de remplir la mission pour laquelle elle avait été créée. En particulier, le fait de laisser commettre un génocide constitue un échec grave pour une organisation qui a notamment pour but de promouvoir et de défendre les droits de l'homme. Il s'agit simplement de distinguer entre l'aspect moral et l'aspect juridique.

33. M. MATHESON, clarifiant son intervention précédente, dit que le Conseil de sécurité aurait dû prendre des mesures plus énergiques concernant le Rwanda mais que, s'il est moralement responsable, il n'avait aucune obligation juridique à cet égard.

34. M. KOSKENNIEMI fait remarquer que les deux séries de questions examinées dans le rapport, à savoir l'élément objectif que constitue la violation d'une obligation internationale et la violation d'une obligation dans un contexte où interviennent plusieurs acteurs, présentent de nombreux aspects suscitant peu de divergences. S'agissant de la première série, c'est-à-dire des projets d'articles 8 à 11, il ne voit aucune objection à ce que l'on prenne pour modèle le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, l'analogie entre les deux sujets étant tout à fait évidente. Son unique réserve porte sur les mots « en principe » au paragraphe 2 du projet d'article 8, qu'il faudrait supprimer. En revanche, les paragraphes 18 à 22 du rapport posent un problème. La Commission n'est pas censée se prononcer sur la question de la nature des règles d'une organisation. Ce qui l'intéresse, c'est la relation entre ces règles, quelle que soit leur nature, et la responsabilité de l'organisation au regard du droit international général, question clairement et étroitement liée à celle de l'articulation entre la *lex specialis* et la *lex generalis*. La plupart des grandes organisations internationales ont des règles spéciales relatives à la violation d'une règle interne, dont il est évident qu'elles doivent l'emporter sur les règles générales que la Commission est en train d'élaborer. Cela ne signifie aucunement que le droit général est laissé de côté. Il ne faudrait donc pas insinuer que les règles spéciales constituent un régime autonome ou totalement distinct. La Commission ne devrait pas accepter la proposition de M. Matheson tendant à inclure un article général qui spécifierait que le projet d'articles ne couvre pas les relations entre une organisation et ses États membres. Outre qu'il amoindrirait considérablement l'utilité de l'entreprise, comme M. Pellet l'a fait remarquer, un tel article serait véritablement dangereux car il réintroduirait avec force la notion de régime autonome.

35. À propos de la deuxième série de questions, et des trois situations que le Rapporteur spécial a dégagées, à savoir celles où l'organisation aide ou assiste (projet d'article 12), donne des directives ou exerce un contrôle (projet d'article 13) et exerce une contrainte (projet d'article 14), M. Koskenniemi approuve l'idée de retenir comme critère d'attribution de la responsabilité le fait que l'organisation agit en connaissance de cause. En revanche, il juge superflu d'ajouter que le fait devrait être internationalement illicite s'il était commis par l'organisation. Il y a là une analogie inconsciente avec le mode de pensée propre au droit pénal qui risque de mettre excessivement l'accent sur le comportement.

36. M. Koskenniemi se félicite que le Rapporteur spécial ait l'intention d'approfondir dans son quatrième rapport les relations entre les différents acteurs dont la responsabilité est susceptible d'être engagée.

37. S'agissant du projet d'article 16, M. Koskenniemi approuve le contenu du paragraphe 1, selon lequel une organisation doit être tenue pour responsable lorsqu'elle a adopté une décision obligatoire et qu'un État ou une organisation membre commet un fait illicite en se conformant à cette décision, mais il n'est pas d'accord avec l'idée exprimée au paragraphe 2 selon laquelle la responsabilité de l'organisation doit être traitée différemment si l'entité commettant le fait illicite agit sur sa recommandation ou avec son autorisation. En effet, s'il est vrai que le comportement n'est pas la base de la responsabilité, il

n'est pas pertinent d'exonérer l'organisation dans de tels cas. On devrait prendre les organisations au sérieux et considérer que si elles autorisent ou recommandent certains faits illicites, elles en sont responsables. Contrairement à M. Matheson, M. Koskenniemi ne craint pas que cela empêche les organisations d'avoir des positions tranchées et de prendre des décisions claires.

38. M. Koskenniemi pense que tous les projets d'articles peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

39. M. DUGARD reconnaît que la tâche du Rapporteur spécial est très difficile, en grande partie parce qu'il doit examiner la pratique d'organisations internationales très différentes les unes des autres. Il regrette toutefois qu'il se soit appuyé aussi largement sur la jurisprudence de l'Union européenne au détriment d'autres instances moins intégrées telles que l'Union africaine ou l'Organisation des États américains, et espère qu'il rétablira l'équilibre dans son prochain rapport.

40. M. Dugard juge très pertinent de calquer les projets d'articles sur ceux consacrés à la responsabilité internationale de l'État, dont le contenu est souvent entièrement transposable à la responsabilité des organisations internationales. Cela signifie notamment qu'il approuve l'opinion du Rapporteur spécial sur la responsabilité d'une organisation pour omission, et désapprouve celle du Conseiller général du FMI. En effet, de même qu'un État ne peut s'abriter derrière son droit interne, une organisation ne peut invoquer ses propres règles pour échapper à ses responsabilités internationales. À ce propos, il serait peut-être utile d'inclure une disposition s'inspirant de celle qui figure au projet d'article 3 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, selon lequel « la qualification du fait d'un État comme internationalement illicite relève du droit international et n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne »[2].

41. À propos de l'exemple très dérangeant cité au paragraphe 10 du rapport, M. Dugard pense comme M. Kateka que l'on ne peut pas dire qu'une organisation internationale n'a aucune responsabilité pour ne pas être intervenue dans des situations comme celle du génocide au Rwanda et qu'il est clair qu'elle est moralement responsable, mais que la question est de savoir si elle l'est juridiquement. Il approuve par ailleurs le paragraphe 2 du projet d'article 8 mais comme M. Pellet, qui a déjà formulé tous les commentaires pertinents à ce sujet (2840e séance, *supra*, par. 43 à 53), il préférerait que les mots « en principe » soient supprimés. Il pense que les projets d'articles 8 à 11 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction, de même que les projets d'articles 12 à 15, qui sont fondés sur les mêmes dispositions que les articles sur la responsabilité de l'État.

42. En ce qui concerne le projet d'article 16, M. Dugard pense que les organisations internationales doivent être tenues responsables des décisions qu'elles ont prises ou des actes qu'elles ont autorisés. Comme l'a noté le Rapporteur spécial, le paragraphe 1 *b* est nécessaire car il faut qu'un fait illicite ait été commis en sus de la décision prise. S'agissant de la responsabilité des États, si un État adopte une loi qui viole le droit international, aucun fait internationalement illicite n'est commis tant qu'il n'est pas donné effet à cette loi. C'est le cas de la très controversée loi Helms-Burton permettant aux tribunaux des États-Unis de condamner des entreprises qui investissent dans des biens ayant été nationalisés à Cuba, qui a été adoptée par le Congrès américain mais n'est pas entrée en vigueur[3]. La responsabilité des États-Unis ne peut donc être engagée tant qu'il n'est pas donné effet à ce texte de loi. De même, la responsabilité d'une organisation internationale ne peut être engagée avant que ses décisions aient pris effet. M. Dugard est donc favorable au maintien de l'alinéa *b* du paragraphe 1 du projet d'article 16. Le paragraphe 2 du projet d'article 16 évoque le pouvoir de faire des recommandations des organisations internationales, en particulier de l'ONU, qui émet plus d'autorisations et de recommandations qu'elle ne prend de décisions contraignantes. Lorsqu'une organisation internationale agit par l'intermédiaire de recommandations, elle s'engage souvent sur la voie de la « licéité suspecte ». Ainsi, l'ONU peut recommander à un État d'intervenir pour garantir les droits de l'homme dans un domaine, et pour cela lui demander de violer un traité, par exemple un accord aérien. Ce type de situation est fréquent et il incombe aux juristes de veiller à ce que ces recommandations soient licites, étant entendu qu'elles n'ont certainement pas le même poids que les décisions que prend le Conseil de sécurité en vertu de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies. L'Assemblée générale et, dans une certaine mesure, le Conseil de sécurité ont souvent un comportement « illicite » et on aurait tort de tenter de les en dissuader. En même temps, il ne faut pas faire porter aux seuls États la responsabilité des actions entreprises en application de ce type de recommandations, sous peine de les décourager d'y donner suite à l'avenir. Dans de telles situations, les organisations internationales devraient donc être tenues responsables et les États devraient assumer une responsabilité secondaire ou résiduelle.

43. Enfin, en ce qui concerne l'alinéa *a* du paragraphe 2 du projet d'article 16, M. Dugard tend à penser, comme M. Matheson, qu'il est difficile d'imaginer qu'une organisation internationale puisse adopter une recommandation allant à l'encontre de son intérêt. Si l'Assemblée générale recommande la mise en place d'un embargo commercial qui entraîne la violation d'obligations découlant d'un traité, cela sert néanmoins l'intérêt général de l'ONU qui est de maintenir la paix et la sécurité internationales, de promouvoir les droits de l'homme ou de protéger l'environnement. On peut donc estimer que cet alinéa est superflu, bien qu'on ne distingue pas clairement si l'intention du Rapporteur spécial à cet égard est d'exiger que l'acte commis par l'organisation soit un acte *intra vires*; ce qui, pour M. Dugard, n'est pas la bonne approche et ne découle pas nécessairement de cet alinéa. Une attention particulière devra donc être accordée à ce membre de phrase. Cela étant, M. Dugard approuve le renvoi au Comité de

[2] Pour le commentaire du projet d'article 3, voir *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 77, p. 37 et suiv.

[3] « Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act » (Helms-Burton Act), *International Legal Materials*, vol. XXXV, no 2 (mars 1996), p. 359. Pour la traduction française de la loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba (« loi Helms-Burton »), voir *Documents d'actualité internationale*, Paris, Ministère des affaires étrangères, no 16, 15 août 1996, p. 674.

rédaction du projet d'article 16 ainsi que de l'ensemble des projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial.

44. Mme ESCARAMEIA, notant que le Rapporteur spécial envisage deux questions, à savoir la violation d'une obligation internationale par une organisation internationale et la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État membre ou d'une autre organisation internationale, pense, comme M. Yamada, qu'il serait judicieux d'établir deux documents distincts, sur le modèle des rapports sur la responsabilité des États. En ce qui concerne la violation du droit international par une organisation internationale, traitée aux projets d'articles 8 à 11, et la responsabilité des États, traitée aux projets d'articles 12 à 15, elle distingue les trois questions suivantes: *a*) la question des omissions et du respect de la légalité; *b*) la question de l'Union européenne quand l'application des traités qu'elle conclut avec des États tiers est laissée à ses États membres, ce qui est fréquent; et *c*) la question des règles de l'organisation, qu'elle estime étroitement liée à la précédente et source d'une confusion que le Rapporteur spécial saura sans doute dissiper. S'agissant de la première question, pour laquelle le Rapporteur spécial pense, malgré les objections soulevées par certaines organisations internationales, que le processus interne d'un État est le même que celui d'une organisation internationale et qu'il n'y a donc pas lieu de faire une distinction, il lui semble qu'il y a matière à réflexion car dans une organisation internationale normale, les États ne sont pas les organes de cette organisation; en outre, dans le cadre interne, les États ont souvent bien plus de pouvoirs sur leurs organes que l'organisation internationale n'en a sur ses États membres. Or, ceux-ci ne doivent pas pouvoir échapper à leur responsabilité en renvoyant à l'organisation internationale. Ils relèvent aussi du droit international et il ne saurait être question de leur permettre de violer des obligations et de laisser l'organisation internationale en assumer la responsabilité à leur place.

45. En ce qui concerne l'Union européenne et l'application des traités par ses États membres, l'hypothèse de travail la plus pertinente serait de considérer les États membres comme des organes nécessaires qui sont en permanence à la disposition de l'Union européenne pour appliquer les traités. Celle-ci ne peut donc en aucun cas l'éviter, ni contrôler entièrement ces États membres. Peut-être faudrait-il consacrer aux organisations d'intégration un article particulier. En tout état de cause, les paragraphes 1 et 3 du projet d'article 4, qui a déjà été adopté à titre provisoire par la Commission en 2004[4], devraient s'appliquer car ils concernent les organes d'une organisation qui appliquent la politique ou assument les obligations de cette organisation. Il faudrait donc, en établissant un parallèle, prévoir un article disposant que l'article 4 s'applique dans le cas des organisations d'intégration.

46. Quant aux règles de l'organisation, les débats visant à déterminer si elles relèvent du droit interne ou du droit international, voire d'un autre droit, semblent avoir un rapport étroit avec le droit européen, mais Mme Escarameia ne parvient pas à considérer que l'énorme corpus du droit communautaire représente les règles de l'organisation et doute même que cela corresponde à la définition qui figure au paragraphe 1 *j* de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1986, et pense que l'Union européenne ne constitue pas un bon exemple de ce que veut probablement dire le paragraphe 2 du projet d'article 8. Bien que d'autres opinions aient déjà été exprimées sur cette question, elle pense que, dès lors qu'une organisation a une obligation à l'égard d'un État tiers, cette obligation est régie par le droit international et non par les règles de l'organisation, à moins que celles-ci soient si importantes que l'organisation ne contrôle plus la manière dont ses obligations internationales sont respectées. Elle souhaiterait donc que le Rapporteur spécial lui apporte des éclaircissements sur ce point. Par ailleurs, l'expression « en principe » au paragraphe 2 du projet d'article 8 lui pose un problème, et elle estime qu'il faudrait reformuler ce paragraphe, voire le supprimer.

47. En ce qui concerne la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation, Mme Escarameia ne voit toujours pas pourquoi le projet d'article 13 est intitulé « Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite » plutôt que « Directives ou contrôle », car l'un ou l'autre suffit. Ainsi, dans l'exemple donné par le Rapporteur spécial, au paragraphe 28 de son rapport, le fait que ni l'OTAN ni l'ONU n'aient eu à la fois la direction et le contrôle de la Force internationale de sécurité au Kosovo (KFOR) ne signifie pas qu'elles n'étaient ni l'une ni l'autre responsables. De même, il faudrait préciser si la responsabilité naît au moment de l'acte de direction ou de contrôle ou au moment de la commission du fait illicite et s'il faut que ce dernier ait été effectivement commis, ce qui, de l'avis de Mme Escarameia, ne semble pas nécessaire.

48. S'agissant du projet d'article 15, peut-être faudrait-il exclure de la clause « sans préjudice » l'article 14 relatif à la contrainte et réfléchir aux différents types de responsabilité, à savoir la responsabilité conjointe, séparée, proportionnelle ou résiduelle.

49. Passant au projet d'article 16, Mme Escarameia dit que les décisions, les recommandations et les autorisations ne sont pas équivalentes, les premières étant plus contraignantes, et qu'il faudrait sans doute établir une distinction entre ces termes. Le paragraphe 1 semble faire double emploi avec le projet d'article 13, qui envisage la même situation sans exiger que le fait soit effectivement commis. Il semble suffisant, pour engager la responsabilité, qu'une décision contraignante pour un État ait été prise, même si aucun fait n'est commis. Quant au paragraphe 2, une organisation internationale doit être responsable lorsqu'elle autorise ou recommande la commission d'un fait illicite, même si celui-ci ne sert pas directement un de ses intérêts, car elle est d'une certaine façon coauteur de ce fait. Comme beaucoup d'autres membres de la Commission, Mme Escarameia ne peut approuver le libellé actuel car tout pouvant être dans l'intérêt d'une organisation, il faudrait au moins préciser qu'il s'agit d'un intérêt direct. D'une manière générale, l'organisation internationale devrait être tenue responsable de ce qu'elle fait. Mme Escarameia conclut en se déclarant favorable au renvoi de tous les projets d'articles au Comité de rédaction.

[4] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. V, sect. C, par. 71 et 72.

50. M. MANSFIELD approuve l'approche générale du sujet qu'a adoptée le Rapporteur spécial, et en particulier l'idée de suivre les articles sur la responsabilité de l'État lorsqu'il n'y a pas lieu de s'en écarter. S'agissant de la question générale des omissions examinée aux paragraphes 8 à 10 du rapport, il partage l'analyse du Rapporteur spécial selon laquelle, si une organisation internationale a l'obligation, en vertu du droit international, d'agir, elle ne peut faire valoir des difficultés tenant au processus de prise de décisions pour justifier son inaction, car les États peuvent eux aussi connaître parfois des difficultés comparables au sein de leurs organes législatifs et autres. Il pense également qu'il n'est pas nécessaire d'énumérer dans le projet d'articles les différents types d'obligations examinés aux paragraphes 13 et 14 du rapport. Quant à la question de savoir si les règles d'une organisation internationale font partie du droit international, il faut assurément y répondre par l'affirmative, même si tel n'est pas le cas de certaines règles dans certaines organisations, mais il n'est pas pour autant nécessaire d'évoquer directement cette question dans le projet d'articles. En effet, outre qu'il semble superflu, comme le Rapporteur spécial l'a noté au paragraphe 22, d'indiquer que « la violation d'une obligation internationale peut concerner une obligation énoncée par les règles de l'organisation », le paragraphe 1 du projet d'article 8 ne vise que la violation d'une obligation internationale par une organisation internationale. Dès lors que l'obligation découlant des règles de l'organisation n'est pas une règle de droit international, elle n'est pas visée. On peut donc se demander si le paragraphe 2 de ce projet d'article est utile et si cette question ne pourrait pas être traitée dans le commentaire; sinon, il faudra reformuler le paragraphe 2 pour en clarifier le sens. De toute façon, comme l'expression « en principe » lui pose, comme à d'autres, de réelles difficultés, M. Matheson préférerait que ce paragraphe soit supprimé.

51. En ce qui concerne la question de la responsabilité d'une organisation internationale qui aide, donne des directives, exerce un contrôle ou contraint un État ou une autre organisation internationale dans la commission d'un fait internationalement illicite (projets d'articles 12 à 15), le Rapporteur spécial a clairement montré que dans ces domaines complexes, la nature de la décision prise par l'organisation internationale concernée, à savoir qu'elle est contraignante pour les États membres ou que ceux-ci disposent d'une marge de manœuvre leur permettant de ne pas violer une obligation internationale, est déterminante. Dans de nombreux cas, le critère mentionné au paragraphe 31, soit le fait que la décision de l'organisation, en sus d'être obligatoire, « requiert effectivement la commission du fait illicite », semble fondamental. Cela étant, ce critère sera difficile à appliquer dans certaines situations et, en tout état de cause, ne règle pas un problème potentiellement grave sur lequel le Rapporteur spécial appelle l'attention, c'est-à-dire la situation dans laquelle une organisation internationale qui est liée par une obligation particulière utilise son pouvoir pour contraindre des États membres qui ne sont pas liés par cette obligation à lui permettre de contourner ladite obligation. Les arguments présentés en faveur de l'inclusion du projet d'article 16 pour traiter ce cas emportent la conviction (par. 32 et 33 du rapport). En revanche, le libellé actuel de ce projet d'article n'est pas pleinement satisfaisant. Si comme l'a suggéré M. Pellet, l'alinéa *b* du paragraphe 1 était supprimé, le projet d'article 13 deviendrait redondant car le projet d'article 16 aurait le même effet que ce dernier, sans exiger que l'organisation concernée agisse en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite.

52. Le cas envisagé au paragraphe 2 du projet d'article 16 est bien plus complexe d'une manière générale, mais l'exigence énoncée à l'alinéa *b*, à savoir que la responsabilité n'est engagée que lorsque le fait est commis, semble encore plus difficile à justifier dans cette situation. En effet, si la responsabilité doit être engagée, c'est parce que l'organisation internationale cherche à se soustraire à son obligation en autorisant (mais non en contraignant) un État membre à commettre le fait en question. En l'espèce, on peine à comprendre pourquoi la responsabilité de l'organisation internationale devrait dépendre du fait que l'État membre exerce ou non son libre-arbitre et commette ou non le fait. Par contre, l'alinéa *a* est nécessaire, mais il faudrait peut-être en revoir la formulation. Il est certainement intéressant de faire apparaître, dans les projets d'articles, que les organisations internationales doivent avoir conscience que leurs États membres peuvent avoir des obligations internationales très larges et qu'elles doivent veiller à ne pas les encourager à agir en violation de ces obligations, voire d'obligations voisines, ni exiger qu'elles le fassent.

53. M. Mansfield souhaiterait donc que le Rapporteur spécial apporte des éclaircissements sur le raisonnement qu'il a suivi pour rédiger ce projet d'article et se demande s'il ne faudrait pas solliciter le concours d'un conseiller juridique d'une organisation internationale afin d'examiner les différents libellés possibles pour ces dispositions.

La séance est levée à 12 h 48.

2842e SÉANCE

Vendredi 20 mai 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Puis: M. Guillaume PAMBOU-TCHIVOUNDA

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. A, A/CN.4/547 et A/CN.4/553, A/CN.4/556, A/CN.4/L.666/Rev.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. ECONOMIDES dit qu'il soutient la ligne de conduite adoptée par le Rapporteur spécial, consistant à

fonder son troisième rapport sur les articles relatifs à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[1], articles que le projet sur la responsabilité des organisations internationales devrait suivre aussi étroitement que possible.

2. S'agissant de la question soulevée par le Conseiller juridique du FMI, au paragraphe 8 du rapport, de savoir si l'organisation peut être tenue responsable de n'avoir pas engagé d'action, si cette inaction résulte de l'exercice légal de leur pouvoir par les États membres, M. Economides est entièrement d'accord avec le Rapporteur spécial, pour qui « à l'évidence, les omissions sont illicites lorsque l'organisation internationale est tenue d'agir et ne le fait pas ». En ce qui concerne le point de savoir si l'Organisation des Nations Unies peut être tenue responsable si, en cas d'agression armée, le Conseil de sécurité ne prend pas les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales, conformément à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, M. Economides estime que, même si le Conseil de sécurité est empêché d'agir parce qu'un de ses membres permanents a exercé son droit de veto, l'ONU sera néanmoins responsable à l'égard de l'État ou des États victimes de l'agression armée, le droit de veto ne constituant pas une circonstance excluant l'illicéité au sens du chapitre V des articles sur la responsabilité de l'État et du droit international général. À cet égard, M. Economides appuie les observations de M. Kateka au sujet de l'exemple concernant le génocide au Rwanda, figurant au paragraphe 10 du rapport (voir la 2841e séance, *supra*, par. 30).

3. La Commission devrait étudier de manière plus approfondie la question de savoir si la responsabilité découlant d'une décision obligatoire d'une organisation, en particulier d'une organisation d'intégration régionale telle que la Communauté européenne, incombe exclusivement à l'organisation plutôt qu'aux membres tenus de la mettre en œuvre. Selon M. Economides, l'avis exprimé par l'Union européenne, reproduit au paragraphe 12 du rapport, est raisonnable et juridiquement cohérent. Lorsqu'il s'agit d'une obligation d'exécuter une décision contraignante de l'organisation, l'action de l'État doit être directement attribuée à l'organisation moyennant une clause spéciale d'attribution de responsabilité, qui pourrait être ajoutée au projet d'article 4.

4. En ce qui concerne les règles de l'organisation, M. Economides partage entièrement l'avis exprimé par M. Pellet (voir la 2840e séance, *supra*, par. 43 à 53). Ces règles, même si elles concernent la vie interne de l'organisation, font automatiquement partie du droit international puisqu'elles dépendent du traité international, portant constitution de l'organisation. M. Economides est donc opposé à l'idée qu'il puisse exister des règles d'organisation, y compris celles de l'Union européenne, qui pourraient être considérées comme ne faisant pas partie du droit international: il n'existe pas encore de droit intermédiaire entre le droit international et le droit interne des États, du moins tel qu'on le connaît habituellement.

5. Le paragraphe 2 du projet d'article 8, avec l'expression « en principe », est difficilement acceptable. Selon M. Economides, le membre de phrase « quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci », au paragraphe 1 de cet article, couvre toutes les obligations internationales, y compris celles découlant des règles de l'organisation. En l'état actuel du droit, le paragraphe 2 du projet d'article 8 est donc superflu et devrait être supprimé.

6. M. Economides fait observer que le projet d'article 15, relatif à l'effet des articles précédents, ne semble pas correspondre à l'article 19 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui a une portée plus large[2].

7. Il convient avec le Rapporteur spécial que les projets d'articles déjà adoptés à titre provisoire devraient être examinés avant la fin de la première lecture. À cet égard, le paragraphe 1 du projet d'article 16, portant sur les décisions contraignantes illicites, devrait être traité dans le cadre du projet d'article 4, relatif à la règle générale d'attribution du comportement à une organisation internationale. Au paragraphe 2 du projet d'article 16, il conviendrait de faire une distinction entre une autorisation qui implique une compétence de l'organisation et une recommandation qui laisse à l'État une certaine latitude, voire une totale liberté d'action. Dans le cas d'une autorisation, la responsabilité devrait être partagée entre l'organisation internationale et l'État qui agit, alors que dans le cas d'une recommandation, l'État qui commet le fait devrait assumer la responsabilité principale, voire toute la responsabilité.

8. En conclusion, M. Economides estime que tous les projets d'articles à l'examen, à l'exception du paragraphe 2 de l'article 8 qui devrait être supprimé, et du projet d'article 16 qui doit être remanié, peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

9. M. FOMBA dit qu'en matière de responsabilité des organisations internationales la question centrale est de savoir comment interpréter les relations entre les États et les organisations internationales en tant que sujets primaires et dérivés de droit international. Au cœur de cette problématique se trouve la question du lien entre la personnalité juridique internationale et la responsabilité internationale qui en découle. Alors que la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite a déjà été traitée par la Commission, les notions même d'« organisation internationale » et de « responsabilité » de celle-ci font l'objet de controverses doctrinales et ne bénéficient pas d'un éclairage suffisant de la pratique. Il est donc nécessaire de procéder à une comparaison de l'État et de l'organisation internationale de la façon la plus claire et approfondie possible, dans le but essentiel de cerner les spécificités de cette dernière. La première étape consiste à déterminer si l'organisation internationale dispose d'une personnalité juridique et d'une volonté propres et, dans l'affirmative, en quoi elles sont distinctes de celles de leurs États membres. À cet égard, M. Fomba appelle l'attention sur la résolution de 1995 de l'Institut de droit international sur les conséquences juridiques pour les États membres de l'inexécution par des organisations internationales de leurs obligations envers des tiers, dont l'article

[1] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 à 153.

[2] Ibid., p. 27.

premier dispose que la résolution « traite des questions qui se posent dans le cas des organisations internationales qui ont une personnalité juridique internationale distincte de celle de leurs membres »[3]. L'étape suivante consiste à tirer les conséquences pratiques de la responsabilité des organisations internationales. Les différents cas de figure pourraient être envisagés selon qu'ils concernent l'organisation internationale elle-même, l'organisation internationale et ses membres, l'organisation internationale et les États tiers, l'organisation internationale et d'autres organisations internationales, les États membres eux-mêmes, les États membres et les États tiers, ou les États membres et d'autres organisations internationales. Cette analyse met en évidence l'existence de deux grandes catégories de responsabilité: la responsabilité exclusive et la responsabilité « partagée ». À cet égard, il convient d'observer que des termes connexes tels que « commun », « conjoint et solidaire » ou « solidaire » sont tirés de systèmes juridiques nationaux et doivent donc être utilisés avec prudence en droit international, comme l'a souligné le Rapporteur spécial sur la responsabilité de l'État, M. Crawford, dans son deuxième rapport[4]. Une fois le cadre théorique établi, il convient d'étudier la pratique des organisations internationales et des États, afin de déterminer s'il est nécessaire ou possible de proposer de nouvelles règles juridiques en la matière. À ce moment-là, et sur la base des propositions du Rapporteur spécial, la Commission sera en mesure de s'assurer que le projet d'articles est à la fois pertinent et approprié.

10. M. Fomba est d'accord avec la proposition figurant au paragraphe 1 du rapport visant à ce que les projets d'articles provisoirement adoptés en 2003 et en 2004 soient réexaminés à la lumière des observations faites par les États et les organisations internationales avant la fin de la première lecture, compte tenu en particulier du fait que la pratique est limitée et qu'il existe peu de nouveaux matériaux pour guider la Commission. Il convient également que le rapport doit suivre l'ordre général du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, méthode qui n'empêche pas de reproduire ces articles *mutatis mutandis*.

11. M. Fomba félicite le Rapporteur spécial pour la méthode suivie au sujet de la question de la violation d'une obligation internationale par une organisation internationale, qui consiste, à partir du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, à l'examiner afin de déterminer s'il est possible de l'appliquer aux organisations internationales et de quelle manière il peut être adapté, et à passer en revue les principales questions soulevées, notamment le fait illicite consistant en une omission, les difficultés d'exécution des obligations liées au processus politique de prise de décisions, et les violations d'obligations mises à la charge d'une organisation internationale en application d'une règle de droit international général. M. Fomba est particulièrement intéressé par ce dernier point, au sujet duquel le Rapporteur spécial a cité comme exemple au paragraphe 10 de son rapport l'incapacité de l'ONU d'empêcher le génocide au Rwanda. En tant que membre de la Commission d'enquête créée conformément à la résolution 935 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 1er juillet 1994, en vue d'examiner les violations du droit international humanitaire commises au Rwanda, il a été indirectement interpellé par des citoyens rwandais et burundais sur la question de la responsabilité éventuelle de la France et de l'ONU. Il a appelé leur attention sur le fait que les parties contractantes à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ont l'obligation de prévenir le génocide (art. Ier), qu'elles peuvent saisir les organes compétents de l'ONU afin que ceux-ci prennent, conformément à la Charte des Nations Unies, les mesures qu'ils jugent appropriées pour la prévention des actes de génocide (art. VIII), et qu'elles ont l'obligation de soumettre les différends relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un État en matière de génocide, à la CIJ, à la requête d'une partie au différend (art. IX). M. Fomba est parvenu à la conclusion que, si toutes les conditions nécessaires étaient remplies, il était possible d'engager une action judiciaire, sous une forme ou sous une autre.

12. En ce qui concerne des organisations telles que l'Union européenne, qui sont habilitées à conclure avec des États non membres des traités dont l'application est laissée aux autorités des États membres, ces organisations sont régies par deux types de règles. Il s'agit, d'une part, du droit primaire, qui fait partie du droit international traditionnel et, d'autre part, du droit dérivé qui n'en fait pas partie, puisqu'il est fondé sur la primauté du droit communautaire sur le droit interne des États membres et qu'il est directement applicable dans leurs systèmes juridiques internes. Il n'est toutefois pas précisé si, et dans l'affirmative, dans quelle mesure, l'attribution du comportement et la responsabilité devraient être les mêmes pour les deux types de règles.

13. S'agissant de la question de la définition et de la nature juridique des règles de l'organisation, M. Fomba partage l'avis du Rapporteur spécial pour qui il faut distinguer entre celles qui ont le caractère de règles de droit international, et celles qui ne l'ont pas; au-delà de ce distinguo, le projet d'articles devrait comporter une disposition particulière concernant l'existence de règles spéciales, ou plutôt une disposition finale générale.

14. Dans l'ensemble, le Rapporteur spécial pose bien les problèmes de fond, même si ses arguments ne sont pas toujours très clairs pour le lecteur. M. Fomba n'a pas, à ce stade, de position bien tranchée sur les principaux points qui divisent la doctrine.

15. Les projets d'articles 8 à 11 suivent étroitement les articles sur la responsabilité de l'État et ne posent pas de problème particulier, à l'exception du paragraphe 2 du projet d'article 8, qui traite d'une question qui ne se pose pas dans le cas des États. Le paragraphe soulève deux questions: la première est de savoir s'il est nécessaire d'adopter une position formelle en ce qui concerne la nature d'une règle de l'organisation par rapport au droit international; la seconde est celle de savoir si la violation d'une obligation internationale et celle d'une règle de l'organisation doivent être traitées de la même manière. Si on maintient l'expression « en principe », cela laisse apparaître une présomption d'assimilation d'égalité entre

[3] *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 66-II, session de Lisbonne, 1995, p. 445.

[4] *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/498 et Add.1 à 4, par. 161 *a*), p. 50.

les deux types de règles et l'obligation en découlant. À partir de là, trois options sont donc possibles: soit, on défend la thèse de l'égalité de nature, de régime et de traitement entre les deux catégories d'obligation, et il convient simplement de supprimer l'expression « en principe »; soit, on ne soutient pas cette thèse, auquel cas on supprime purement et simplement le paragraphe 2; soit, on fait une lecture combinée de ces deux paragraphes, en acceptant qu'il n'y a pas lieu de traiter séparément une obligation découlant d'une règle de l'organisation et en indiquant dans le commentaire que cette obligation était déjà prise en compte par le membre de phrase « en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci » au paragraphe 1. Bien qu'il n'ait pas de préférence nette à l'égard de ces trois options, M. Fomba serait a priori favorable au maintien du paragraphe 2, à condition de le remanier, ou, si cela devait soulever des difficultés insurmontables, il serait partisan de fournir une explication dans le commentaire, auquel cas le paragraphe 2 pourrait être supprimé.

16. En ce qui concerne la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale, il est d'accord pour que le schéma conçu pour les États soit transposé aux organisations internationales (par. 26 du rapport). Il approuve également l'idée de distinguer entre le cas des décisions obligatoires et celui des autorisations ou recommandations, comme cela est évoqué aux paragraphes 30 et suivants. À propos de la question de l'ampleur de l'assistance et du degré de responsabilité correspondant (par. 43), il convient que le degré de responsabilité renvoie au contenu de la responsabilité mais non à son existence, et que cette question sera étudiée à un stade ultérieur. Il partage également la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle, outre les quatre articles 12 à 15 qui correspondent aux articles 16 à 19 du texte sur la responsabilité de l'État, il convient de rédiger un nouvel article sur les cas dans lesquels la responsabilité d'une organisation internationale est engagée parce qu'elle pourrait, si tel n'était pas le cas, se soustraire à une obligation internationale en demandant à ses États membres d'adopter un certain comportement qu'il lui est interdit d'adopter directement.

17. Les projets d'articles 12 à 15 ne posent pas de problème particulier. En revanche, le projet d'article 16 a fait l'objet de débats intéressants et stimulants et semble donc devoir être examiné plus en profondeur. En effet, s'il semble y avoir un accord général sur la distinction entre des décisions obligatoires, d'une part, et des recommandations ou autorisations, d'autre part, tel ne semble pas être le cas en ce qui concerne le mécanisme général à proposer pour la formulation et le fonctionnement de la responsabilité de l'organisation internationale au titre de ces deux catégories d'actes. Par exemple, on ne sait pas très bien s'il doit y avoir responsabilité exclusive de l'organisation ou responsabilité partagée entre celle-ci et ses membres; par ailleurs, il n'y a pas d'accord sur la conception même du fait illicite. Le cas cité par M. Pellet peut servir d'illustration: le seul fait pour un État d'adopter une loi contraire au droit international suffit-il pour engager sa responsabilité, ou bien faut-il que cette loi entre en vigueur et soit effectivement appliquée? (Voir la 2840e séance, *supra*, par. 54 à 56.)

18. Par conséquent, les options concrètes qui s'offrent à la Commission sont les suivantes: soit, ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction; soit, demander au Rapporteur spécial de remanier l'article 16 à la lumière des débats; soit, créer un groupe de travail chargé d'élucider les questions de fond concernant cet article. Sous réserve de l'approbation du Rapporteur spécial, M. Fomba est favorable à la troisième solution. Toutefois, il considère que les projets d'articles 8 à 11 et 12 à 15 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction.

19. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit qu'un certain nombre de membres ont soulevé une question qui le préoccupe, celle des obligations du Conseil de sécurité en matière de menaces contre la paix, de rupture de la paix et d'actes d'agression. La Charte ne définit aucune de ces trois situations, mais la pratique du Conseil de sécurité ces dernières décennies a montré qu'il disposait de pouvoirs discrétionnaires extrêmement étendus en la matière. Pour que le Conseil de sécurité ait des obligations dans de telles situations, il doit exister une règle particulière. En l'absence d'une définition, l'obligation existe-t-elle? Si tel n'est pas le cas, peut-on dire que le Conseil de sécurité est responsable de ne pas s'être acquitté de ses obligations, et que cette omission engage la responsabilité de l'ONU?

20. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que le Président n'est pas le seul à être troublé par cette question. Compte tenu de l'absence de définition des trois notions générales mentionnées, il se demande si le fait de porter un litige devant la CIJ pourrait contribuer à éclairer la question.

21. Le PRÉSIDENT fait observer que M. Pambou-Tchivounda a soulevé une autre question préoccupante, à savoir celle du contrôle juridictionnel par la CIJ des actes du Conseil de sécurité.

22. M. CHEE rappelle que le 14 décembre 1974 l'Assemblée générale a adopté la résolution 3314 (XXIX), concernant la définition de l'agression. Cette définition n'a toutefois jamais été effectivement utilisée. Pour les États et le Conseil de sécurité, la meilleure solution consiste à traiter les situations au cas par cas.

23. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que la question est de savoir si une obligation peut être mise à la charge d'une organisation internationale telle que l'ONU, et si le fait de ne pas s'en acquitter engagerait sa responsabilité. Le fait que les règles d'une organisation ne prévoient pas les moyens de s'acquitter d'une obligation n'est pas un élément décisif. La Commission n'a pas encore traité des circonstances excluant l'illicéité, question qui sera examinée à sa prochaine session. Toutefois, le Rapporteur spécial a du mal à imaginer qu'une organisation puisse invoquer ses propres règles pour justifier un manquement à une obligation. La Commission n'est pas véritablement concernée par les mécanismes internes de l'ONU ou par la question de savoir si, en vertu des Articles 39 et suivants de la Charte, le Conseil de sécurité a l'obligation de répondre à un acte d'agression. La Commission est partie de l'hypothèse que l'organisation avait une obligation et si le respect de celle-ci peut soulever des difficultés, le simple fait qu'il existe des règles qui ne facilitent pas le

respect de l'obligation n'est pas pertinent à ce stade du débat.

24. M. ECONOMIDES approuve les observations du Rapporteur spécial. Le Conseil de sécurité est un organe de l'ONU et, comme tous les organes de ce type, il est lié par son instrument constitutif. La Charte est un traité international, et la principale responsabilité du Conseil de sécurité est donc de respecter les obligations qui y sont énoncées. Si celles-ci sont violées, la responsabilité de l'ONU est engagée pour tout acte d'omission.

25. Abordant la question soulevée par le Président, M. Economides indique que, bien que les termes essentiels de la Charte ne soient pas définis, un élément fondamental est que l'agression doit toujours prendre la forme d'une agression armée. On dispose également de la résolution 3314 (XXIX) extrêmement utile de l'Assemblée générale relative à la définition de l'agression. Les caractéristiques d'un conflit armé sont donc relativement bien connues. Il en va de même de la légitime défense, puisqu'elle est diamétralement opposée à l'agression. La seule chose qui n'a pas été réglée est de savoir ce qui constitue une menace contre la paix, notion qui a récemment été étendue, en général dans la bonne direction, par la pratique du Conseil de sécurité. La sécurité collective est devenue une question tellement fondamentale du droit international que M. Economides a une fois proposé que la Commission s'intéresse au droit de la sécurité collective. Cette proposition n'a toutefois pas été retenue[5]. Quoi qu'il en soit, la Charte est déjà suffisamment étoffée pour que les situations particulières soient examinées au cas par cas, comme M. Chee l'a indiqué.

26. M. GALICKI dit que le problème soulevé par le Président est mis en évidence au paragraphe 3 du projet d'article 10, sur la violation d'une obligation internationale requérant d'une organisation internationale qu'elle prévienne un événement donné. La Charte a mis à la charge du Conseil de sécurité l'obligation de prendre des mesures destinées à empêcher que ne se produise un événement qui constitue une menace contre la paix. En théorie, il s'agit d'une question très simple, mais il n'existe pas de définition contraignante ou de description dans la Charte de la notion de menace contre la paix. Dans la pratique, le Conseil de sécurité lui-même a dû tout d'abord déterminer si une situation pouvait être ainsi qualifiée. S'il conclut à l'existence d'une menace contre la paix, il est alors dans l'obligation de réagir. Toutefois, on ne voit pas clairement dans quelle mesure le Conseil de sécurité a l'obligation effective d'établir l'existence d'une menace contre la paix. Cela est-il lié à son obligation principale de réagir à une menace contre la paix, ou bien s'agit-il d'une obligation distincte, qui ne lui incombe pas directement? Les dispositions de la Charte ne sont pas exhaustives et elles ne précisent pas de quelle manière le Conseil de sécurité doit agir. Dans les situations où celui-ci s'est abstenu de réagir, d'autres solutions ont été recherchées, comme ce fut le cas de la résolution 377 (V) de l'Assemblée générale, en date du 3 novembre 1950, intitulée « Union pour le maintien de la paix ». La Commission devrait examiner dans quelle mesure une organisation est liée par une obligation internationale lorsque la description de l'obligation n'est pas exhaustive ou n'indique pas clairement que l'organisation devrait réagir. Il convient d'accorder une attention particulière au cas visé par le paragraphe 3 du projet d'article 10, d'une obligation de prévenir la survenue d'un événement, dans la mesure où le fondement juridique de cette obligation de prévention demeure obscur, en particulier lorsqu'elle s'applique au Conseil de sécurité.

27. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, dit que, bien qu'il ait la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales, le Conseil de sécurité a parfois fait valoir que le fait de désigner un État comme agresseur ne facilitait pas l'exécution de cette responsabilité principale, et pouvait même être contre-productif.

28. M. PELLET dit que la question quelque peu émotive soulevée par le Président a circonscrit le débat au problème plutôt étroit de savoir si le Conseil de sécurité peut engager la responsabilité de l'ONU, compte tenu du fait que les notions d'agression et de menace contre la paix ne sont pas clairement définies. Une question générale beaucoup plus intéressante est de savoir ce qui se passe lorsqu'il n'y a pas d'accord général quant à la portée des obligations internationales. Les travaux de la Commission en matière de responsabilité de l'État et de responsabilité des organisations internationales ont montré que de telles obligations internationales existaient effectivement, sans toutefois préciser dans quelles circonstances ces obligations étaient violées. Celles-ci doivent être précisées au cas par cas.

29. La CIJ peut-elle être saisie d'un problème de ce type? Cela pourrait et devrait certainement être le cas, bien que les États saisissent rarement la Cour de telles questions. Une organisation a également la possibilité de solliciter un avis consultatif. Dans ce dernier cas, la Cour peut très bien dire que, compte tenu du manque de précision de la notion d'agression, elle n'est pas en mesure de se prononcer sur la question. Une telle conclusion n'est pas très glorieuse, mais elle a déjà été tirée, par exemple dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*; dans le contexte d'un avis consultatif, elle ne semble pas déraisonnable. D'un autre côté, il est également parfaitement possible qu'une affaire contentieuse soit portée devant la Cour. La Bosnie-Herzégovine a envisagé d'engager une action contre le Royaume-Uni parce qu'il n'a pas opposé son veto à la résolution imposant un embargo sur les armes aux États issus de l'ex-Yougoslavie. Si elle l'avait fait, la Cour aurait dû se prononcer sur la question de savoir si la responsabilité incombait à l'ONU ou à ses Membres, en particulier ceux qui auraient pu empêcher l'adoption de la résolution en utilisant leur droit de veto. En sa qualité de conseil de la Bosnie-Herzégovine, M. Pellet a dissuadé ce pays de s'engager dans un exercice académique certes fascinant, mais peu susceptible d'aboutir à des résultats pratiques. Cependant, dans une telle situation, la Cour n'aurait pas pu se soustraire à ses obligations et elle aurait dû se prononcer en fonction des circonstances de l'affaire.

30. Quelle forme aurait pu prendre cette réponse? Certainement pas une définition abstraite de l'agression, mais plutôt la constatation que, dans le cas d'espèce, l'ONU

[5] Voir *Annuaire… 1999*, vol. I, 2575e séance, p. 59, par. 3, et 2610e séance, p. 332, par. 61.

s'est ou ne s'est pas acquittée de ses obligations, par omission ou par commission. Il semble clair que, le Conseil de sécurité étant un organe d'une organisation internationale, il ne représente pas réellement un cas spécial. En dehors du plaisir intellectuel que certains semblent ressentir à dénigrer le Conseil de sécurité, il n'y a pas grand-chose à tirer d'un débat sur la question de savoir si des obligations existent en l'absence de règles. Il est plus intéressant de préciser ce qui se passe lorsqu'une règle est vague. La résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale ne donne pas une définition opérationnelle de l'agression, en tout état de cause, elle n'apporte rien, puisqu'elle se termine en disant que le Conseil de sécurité peut définir l'agression comme bon lui semble.

31. En ce qui concerne le fond de la question soulevée par le Président, M. Pellet a le sentiment que le Conseil de sécurité a probablement une obligation de comportement, bien que l'Article 24 de la Charte soit relativement vague, puisqu'il évoque l'« accomplissement » des devoirs (par. 2). On peut donc en conclure que la responsabilité principale du Conseil de sécurité est d'accomplir son devoir. Cependant, le terme « devoir », distinct de celui d'« obligation », a des connotations davantage politiques que juridiques. Pourrait-on dire que le Conseil de sécurité a une « obligation » d'agir au sens juridique du terme, même dans une situation qui constitue de toute évidence une agression? Les Articles 41 et 42 de la Charte ont été rédigés dans un langage juridique très peu contraignant, puisqu'ils prévoient que le Conseil de sécurité « peut décider », s'il « estime que… » Les pouvoirs discrétionnaires du Conseil de sécurité semblent donc assez vastes du point de vue juridique. M. Pellet n'est donc pas convaincu que l'on puisse dire que le Conseil de sécurité a une obligation juridique d'agir en cas de menaces contre la paix et de rupture de la paix ou d'acte d'agression. En revanche, il ne fait selon lui aucun doute qu'il a la responsabilité politique de le faire. Les travaux préparatoires de la Charte montrent clairement que les cinq membres permanents, en particulier les États-Unis et l'Union soviétique, ont voulu préserver la possibilité d'empêcher le Conseil de sécurité d'agir, et ils ont estimé qu'il n'y avait pas d'obligation juridique dans de telles situations. Ainsi, avant de s'atteler à définir l'agression, les menaces à la paix et les violations de la paix, la Commission doit d'abord déterminer si le Conseil de sécurité a une obligation d'agir, ce que M. Pellet est très loin de reconnaître.

32. En ce qui concerne le Rwanda, il estime que la responsabilité de l'ONU était engagée dans une certaine mesure, laquelle reste à déterminer, tout comme celle de quelques États, en particulier la Belgique et la France, mais non en raison de l'inaction du Conseil de sécurité − après tout, il n'était soumis à aucune obligation absolue d'agir. En tout état de cause, il n'est pas établi qu'il y ait eu une menace contre la paix au sens strict de l'expression au Rwanda. La responsabilité de l'ONU était néanmoins engagée pour d'autres raisons, qui tenaient davantage au retrait hâtif de la modeste force de maintien de la paix et à d'autres actions similaires.

33. M. Sreenivasa RAO dit que l'approche suivie par le Rapporteur spécial a consisté à traiter le sujet dans un cadre circonscrit, qui ne pouvait pas être étendu à d'autres questions, aussi urgentes et importantes soient-elles, et aussi tentant que cela ait été. Cela étant, il partage l'avis de M. Pellet selon lequel le Conseil de sécurité est un organe politique; et la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale, sur la définition de l'agression, ne constitue qu'une aide, même si certains Membres ont considéré qu'elle devait être plus que cela. Le Conseil de sécurité peut estimer qu'un acte d'agression s'est produit, ou il peut rester silencieux s'il le juge bon. Ainsi, l'usage du veto peut forcer les parties à ne pas recourir à la force armée, mais à employer la persuasion et d'autres moyens pour faire face à un acte d'agression. L'utilisation du veto ne signifie pas qu'une crise particulière peut tout simplement être ignorée, mais qu'il n'y a pas de consensus au sein du Conseil de sécurité pour la traiter par la force armée, et que tout État qui décide d'engager une action unilatérale le fait à ses propres risques.

34. M. CHEE dit que M. Pellet semble arguer que le Conseil de sécurité agit de manière isolée; toutefois, les Articles 24 et 25 de la Charte montrent clairement qu'il ne peut pas agir à sa guise. Le paragraphe 2 de l'Article 24 limite ses pouvoirs. La Commission ne devrait pas condamner les actes d'omission du Conseil de sécurité: conformément au paragraphe 1 de l'Article 24, les États Membres « … reconnaissent qu'en s'acquittant [de ses] devoirs, le Conseil de sécurité agit en leur nom » et, en vertu de l'Article 25, ils « conviennent d'accepter et d'appliquer [ses] décisions ».

35. S'agissant de l'observation de M. Galicki au sujet de la menace contre la paix, M. Chee rappelle que le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, tel qu'adopté en première lecture, incluait le crime de « menace d'agression »[6]. En seconde lecture, celui-ci a été abandonné, apparemment parce que la notion était trop vague[7], bien qu'il faille reconnaître qu'il n'y a rien de vague dans le fait de masser 700 000 soldats aux frontières d'un pays et de pointer des milliers de pièces d'artillerie dans sa direction. Dans la quatrième édition de son ouvrage, *International Law*, Malcolm Shaw fait valoir que l'évolution de la technologie moderne permet de déceler et d'identifier facilement les menaces à la paix[8].

36. M. ECONOMIDES dit que le Rapporteur spécial a plus ou moins réglé le problème en disant que les omissions sont illégales lorsque l'organisation internationale est tenue d'agir et qu'elle ne le fait pas. Cela s'applique à toutes les organisations internationales, y compris l'ONU. Dès lors qu'il existe une obligation et que celle-ci n'est pas respectée, l'omission est illégale et l'organisation est responsable.

37. Au sujet des observations de M. Pellet, M. Economides dit que, selon lui, les termes « devoir » et « obligation » sont synonymes. Même si l'on accepte − ce qu'il ne fait pas − que le terme « devoir » a une connotation légèrement plus faible que celui d'« obligation », le devoir

---

[6] Voir *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), chap. IV, p. 100, art. 16. Pour la première variante de texte, voir *Annuaire… 1989*, vol. II (2e partie), chap. III, p. 75, art. 13.

[7] Voir *Annuaire… 1995*, vol. II (2e partie), p. 22, par. 74; ibid., vol. I, les 2380e à 2382e séances, p. 11 à 28, *passim*. Pour le projet d'articles et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission, voir *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), par. 50, p. 17 à 60.

[8] Cambridge University Press, 1997.

dénote néanmoins une obligation. M. Economides ne saurait accepter l'idée que le mot « devoir » est un terme politique sans connotation juridique. Bien que la Charte confère des pouvoirs discrétionnaires au Conseil de sécurité dans de nombreux domaines, en vertu de certaines de ses dispositions le Conseil de sécurité est tenu d'engager une action immédiate, par exemple en ce qui concerne le droit de légitime défense, au sujet duquel il est tenu, clairement et sans ambiguïté, de prendre les mesures nécessaires au maintien de la paix et de la sécurité internationales. Ainsi, dans certains cas, le Conseil de sécurité dispose d'une très grande latitude, alors que dans d'autres il a une compétence liée. M. Economides ne souscrit donc pas à l'affirmation selon laquelle la Charte n'énonce pas d'obligations juridiques que les organes auxquels elles incombent sont tenus d'appliquer.

38. M. MANSFIELD dit que le débat semble s'être éloigné du sujet. Il n'a entendu personne affirmer qu'une organisation internationale peut méconnaître une obligation clairement établie en droit international de suivre une certaine ligne de conduite. En d'autres termes, l'omission peut engager sa responsabilité, et les difficultés propres au processus de prise de décisions ne sauraient excuser l'inaction. Tel est le point essentiel, et il s'applique à toutes les organisations internationales, y compris le Conseil de sécurité. Toutefois, la tâche de la Commission n'est pas de déterminer si toutes les organisations ont une obligation clairement établie en droit international de prendre des mesures en toutes circonstances quelles qu'elles soient. En ce qui concerne le Conseil de sécurité, et, de fait, toute autre organisation internationale, cela dépendrait dans une large mesure de la situation particulière et de l'interprétation des faits, compte tenu du rôle de l'organe en question. Dans le cas du Conseil de sécurité, ses importantes responsabilités politiques doivent être prises en considération. Globalement, la proposition est donc claire et, s'il aurait été certainement intéressant d'étudier la question dans l'optique de certaines organisations internationales en particulier, la Commission n'ira pas très loin en suivant une telle méthode.

39. M. PELLET dit qu'il est surpris par les positions catégoriques prises par certains membres, en particulier M. Economides. Il est clair que le Conseil de sécurité a des obligations, qui doivent être considérées à la lumière des moyens dont il dispose. Les membres permanents du Conseil de sécurité ont un droit de veto, et il n'est pas raisonnable d'interpréter ses obligations juridiques sans en tenir compte. M. Economides a affirmé d'une manière péremptoire qu'il y a au moins un cas dans lequel le Conseil de sécurité a l'obligation d'agir, mais il a choisi l'exemple le plus mauvais qui soit, à savoir l'Article 51, en vertu duquel les États ont un droit de légitime défense « jusqu'à ce que le Conseil de sécurité ait pris les mesures nécessaires pour maintenir la paix et la sécurité internationales ». L'Article 51 prévoit donc clairement le cas dans lequel le Conseil de sécurité n'adopte pas de mesure, et M. Pellet ne voit pas comment on peut soutenir que cette disposition est la preuve que le Conseil de sécurité est tenu d'agir. En fait, la dernière phrase de l'Article 51 accorde au Conseil de sécurité d'importants pouvoirs discrétionnaires, dans la mesure où elle prévoit que les mesures prises par les Membres dans l'exercice de leur droit de légitime défense doivent être immédiatement portées à la connaissance du Conseil de sécurité, qui est autorisé à « agir à tout moment de la manière qu'il juge nécessaire pour maintenir ou rétablir la paix et la sécurité internationales ».

40. À propos d'une observation de M. Chee et du problème plus général de l'Article 24, M. Pellet constate qu'à plusieurs reprises la CIJ a fait observer que le Conseil de sécurité n'a qu'une responsabilité principale, et elle n'a pas exclu que des mesures puissent être prises par d'autres organes, en particulier l'Assemblée générale. *A contrario*, M. Pellet conclut que l'inaction du Conseil de sécurité n'engage pas automatiquement sa responsabilité juridique, et ce quelles que soient les circonstances. Il n'est pas certain que la notion de responsabilité principale soit une notion juridique, mais, en tout état de cause, l'Organisation a une responsabilité globale. Si l'objectif est d'engager la responsabilité de l'Organisation, la Commission doit alors décider si l'Assemblée générale est tenue d'agir lorsque le Conseil de sécurité ne s'acquitte pas de son obligation principale: s'il en va autrement, le terme « principale » n'a pas de sens. Bien que M. Pellet n'ait pas d'affection particulière pour le Conseil de sécurité, celui-ci représente, selon lui, une cible facile pour ceux qui sont enclins à une indignation vertueuse; malheureusement, les relations internationales sont plus compliquées que cela.

M. Pambou-Tchivounda (Vice-Président) prend la présidence.

41. M. KABATSI félicite le Rapporteur spécial pour son troisième rapport, grâce auquel la Commission peut continuer à faire des progrès significatifs et rapides sur la question. Les articles 8 à 11 s'inspirent largement des quatre dispositions similaires dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, méthode que M. Kabatsi appuie pleinement. Il est en effet inutile de réinventer la roue si celle dont on dispose fait l'affaire. Ces articles peuvent donc être renvoyés au Comité de rédaction.

42. Le Rapporteur spécial a raison de dire que l'acte illicite d'une organisation internationale peut consister en une action ou une omission, que des omissions sont illicites lorsqu'une organisation internationale est tenue d'agir et ne le fait pas (par. 8 du rapport), et que les contraintes internes d'une organisation internationale, qui peuvent l'amener à violer ses obligations internationales, ne sauraient l'exonérer de sa responsabilité de ce fait. Comme un certain nombre de membres l'ont souligné, les États peuvent parfois être tentés d'échapper à leur responsabilité en transférant leurs obligations à des organisations internationales qu'ils ont créées à cette fin. Il serait regrettable que ces dernières soient autorisées à se dérober à leurs responsabilités en faisant valoir qu'elles n'ont pas pu s'acquitter de leurs obligations internationales en raison de difficultés liées à leur processus interne de prise de décisions. On ne devrait pas laisser subsister de lacunes aussi dangereuses, même comme sujet de politique publique internationale positive. S'agissant de la question du Conseiller juridique du FMI, citée au paragraphe 8 du rapport, portant sur le point de savoir si une organisation serait responsable de n'avoir pas engagé d'action, si cette inaction résulte de l'exercice légal de

leur pouvoir par les États membres, la réponse est un oui catégorique.

43. Étant donné que l'Organisation a été créée afin de préserver les générations futures du fléau de la guerre qui a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances, qu'elle a un caractère universel et que ses Membres ont proclamé leur foi dans la dignité et la valeur de la personne humaine, il ne fait aucun doute que l'ONU a l'obligation, en tant que principe du droit international général, et en fonction des éléments de preuve disponibles, de prévenir le génocide. La Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide n'a pas introduit cette obligation, elle l'a codifiée en tant que règle du droit international général qui existait déjà en tant que telle. L'incapacité de mettre un terme au génocide au Rwanda ne saurait être attribuée au fait que l'on ignorait qu'il était en train de se produire. Comme l'ont montré les événements récents au Rwanda et dans les Balkans, les omissions peuvent être aussi funestes, voire plus funestes encore, que les actes de commission eu égard à leurs conséquences négatives. C'est pourquoi M. Kabatsi aurait été favorable à ce que l'expression « d'omission » soit ajoutée après le terme « fait », au paragraphe 1 de l'article 8, si cette expression avait figuré dans la disposition correspondante du projet d'article sur la responsabilité de l'État. Il espère que le commentaire de cet article approfondira cette question. Il est également en faveur de la suppression des termes « en principe », au paragraphe 2 de l'article 8.

44. Les projets d'articles 12 à 16 ne présentent aucune difficulté et peuvent également être renvoyés au Comité de rédaction, qui devrait être en mesure de prendre en considération toutes les observations qui ont été faites au sujet de l'article 16, et le rendre plus compatible avec l'article 13.

45. M. CHEE, se référant aux omissions illicites de la part d'une organisation internationale et d'un État, estime qu'une organisation internationale, bien que sujet de droit international, n'agit pas sur le même plan qu'un État au regard du droit international, comme la CIJ l'a fait observer en 1949 dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. L'expression « en principe », au paragraphe 2 du projet d'article 8, doit être précisée plus avant. Les projets d'articles 9 à 11 ne posent pas de problème. Les projets d'articles 12 et 13 traitent respectivement des cas d'une organisation internationale qui apporte une aide ou une assistance dans la commission d'un fait internationalement illicite, ou qui exerce des directives et un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite. Il semble cependant que la pratique des États dans ce domaine est assez maigre. La position adoptée par le Rapporteur spécial au sujet de ces articles aux paragraphes 27 et 28 de son rapport n'est pas suffisamment étayée par les notes de bas de page. M. Chee appuie néanmoins les deux projets d'articles, qui traitent de situations susceptibles de se produire à l'avenir. La réserve figurant au projet d'article 15 ne semble cependant pas nécessaire.

46. S'agissant du paragraphe 2 du projet d'article 16, M. Chee convient que les États membres d'une organisation internationale ont tendance à agir sur la base d'autorisations et de recommandations de cette organisation internationale. La pratique des États en la matière ne doit donc pas être ignorée. L'avis consultatif de 1962 de la CIJ, dans l'affaire *Certaines dépenses des Nations Unies*, est également pertinent.

47. S'agissant de l'incapacité du Conseil de sécurité d'empêcher le génocide au Rwanda, il est possible d'établir des parallèles intéressants entre cette situation et la situation au Kosovo et dans les Balkans, où l'OTAN est intervenue pour empêcher une escalade ou une extension du conflit. Quant à savoir quelles conclusions il convient de tirer d'une comparaison entre ces deux situations, ce point demeure controversé.

48. En conclusion, M. Chee recommande que tous les projets d'articles, à l'exception du paragraphe 2 de l'article 16, soient renvoyés au Comité de rédaction.

49. Le PRÉSIDENT invite les membres qui souhaitent participer aux travaux du Comité de rédaction sur la responsabilité des organisations internationales à en informer le Président du Comité de rédaction.

Les réserves aux traités[9] (A/CN.4/549, sect. D, A/CN.4/558 et Add.1 et 2[10], et A/CN.4/L.665)

[Point 6 de l'ordre du jour]

Rapport du Comité de rédaction

50. Le PRÉSIDENT invite le Président du Comité de rédaction à présenter le rapport du Comité pour la session en cours, sur le thème des réserves aux traités (A/CN.4/L.665).

51. M. MANSFIELD (Président du Comité de rédaction) présente le rapport du Comité de rédaction sur le sujet. Le Comité a tenu deux séances sur ce thème, les 9 et 10 mai 2005, au cours desquelles il a examiné deux projets de directives qui lui avaient été soumis par la Commission à sa cinquante-sixième session. Ces deux projets de directives traitent de la définition des objections. Le projet de directive 2.6.1 porte sur la définition des objections en tant que telles, et le projet de directive 2.6.2 traite d'une catégorie particulière d'objections, à savoir les objections à la formulation tardive d'une réserve ou à son aggravation.

52. Le nouveau texte du projet de directive 2.6.1 se lit comme suit:

> « **Définition des objections aux réserves**
>
> « L'expression "objection" s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, en réaction à une réserve à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle l'État ou l'organisation vise à exclure ou à modifier les effets juridiques de la réserve ou à exclure l'application du traité dans son ensemble, dans ses relations avec l'auteur de la réserve. »

[9] Pour le texte des projets de directive adoptés provisoirement à ce jour par la Commission, voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. X, par. 294.

[10] Reproduit dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).

53. Le nouveau texte du projet de directive 2.6.2 se lit comme suit:

« **Objections à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve**

« L'expression "objection" peut également s'entendre de la déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale s'oppose à la formulation tardive d'une réserve ou à son aggravation. »

54. Le projet de directive 2.6.1 a été présenté pour la première fois par le Rapporteur spécial dans son huitième rapport en 2003[11]. Le Rapporteur spécial en a proposé d'autres versions dans son neuvième rapport en 2004[12], et dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-sixième session, tenant compte des avis exprimés en session plénière[13]. Le Comité de rédaction a travaillé sur la dernière version de la directive, telle qu'elle figure au paragraphe 293 *e*) du rapport de la Commission.

55. Le Comité de rédaction a longuement débattu de la question de savoir si la définition des objections devait mettre l'accent sur les effets des objections, comme dans le texte proposé par le Rapporteur spécial, ou si une objection devait constituer une déclaration de fait par laquelle l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection indique qu'il n'accepte pas la réserve ou qu'il la considère illicite. Divers arguments ont été avancés pour appuyer ces deux approches ou s'y opposer. On a souligné qu'une définition strictement factuelle serait incomplète ou qu'elle risquait d'inclure de simples déclarations politiques qui ne sont pas censées être des « objections » produisant des effets juridiques; certains membres ont estimé qu'une telle définition serait tautologique. Le Comité de rédaction s'est efforcé de concilier les deux approches en une définition unique, mais il est apparu qu'une telle définition serait excessivement longue et difficile à utiliser.

56. Le Comité est finalement convenu que les termes « à exclure ou à modifier » sont des éléments clés de toute objection visant à produire des effets juridiques et que, sans nécessairement énumérer tous les effets possibles d'une objection, la définition devrait en donner une description très générale. Cette description suit celle que l'on trouve au paragraphe 4 *b*) de l'article 20 et au paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne de 1969. Cette définition devrait prévoir la possibilité d'exclure l'application du traité dans son ensemble, ce qui refléterait le paragraphe 3 de l'article 21 de la Convention de Vienne.

57. Le Comité a également estimé que la définition ne devrait pas être exagérément compliquée, puisque des projets de directive futurs traiteront d'autres aspects des objections. La rédaction actuelle suit de près celle du projet de directive proposé en 2004. Le terme « formulée » a été retenu parce qu'il a semblé plus approprié que le terme « faite », étant donné qu'en vertu de la Convention de Vienne de 1969, une réserve est réputée être « formulée » tant qu'aucune objection n'a été faite. L'expression française « auteur de la réserve » a été traduite en anglais par « *the reserving State or organization* ». La définition est sans incidence sur la capacité des États de faire des déclarations ou des commentaires au sujet de réserves fondées sur des motifs politiques, ce point devant être développé dans le commentaire. Le commentaire devra également préciser que la définition est sans préjudice de la validité ou des effets juridiques des objections. Le projet de directive 1.6 (Portée des définitions) est particulièrement pertinent dans ce contexte.

58. Le projet de directive 2.6.2 suit de près le texte initialement proposé par le Rapporteur spécial. Le Comité avait envisagé de le remanier afin de le mettre en harmonie avec le projet de directive 2.6.1, en employant les termes « vise à s'opposer » plutôt que « s'oppose », mais il a renoncé à cette idée car il s'est rendu compte que les deux projets de directives concernaient des cas différents. L'objet du projet de directive 2.6.2 est de souligner que le terme « objection » peut également être utilisé pour désigner l'opposition à la formulation tardive d'une réserve ou à son aggravation.

59. Le Comité de rédaction a estimé que le projet de directive 2.6.2, qui suit actuellement le projet de directive 2.6.1, serait mieux placé s'il était situé entre les directives 2.3.2 (Acceptation de la formulation tardive d'une réserve) et 2.3.3 (Objection à la formulation tardive d'une réserve). La numérotation actuelle a toutefois été conservée, afin de ne pas bouleverser l'organisation déjà complexe des projets de directive, étant entendu qu'en seconde lecture le projet de directive sera placé dans la partie relative à la formulation tardive des réserves.

60. Le Comité de rédaction a recommandé à la Commission d'adopter les deux projets de directives.

61. M. Sreenivasa RAO dit que la définition des objections aux réserves est une question importante, dans la mesure où il est arrivé que des États fassent des déclarations qui ont été interprétées comme des objections par le dépositaire, comme ce fut le cas de la déclaration de l'Inde relative à l'instrument constitutif de l'Organisation maritime internationale. M. Rao aurait préféré que les objections visant à exclure l'application du traité dans son ensemble et les objections visant à exclure ou à modifier les effets juridiques de la réserve soient traitées séparément. Le Comité de rédaction ayant toutefois choisi de traiter ces deux points dans la même directive, il était disposé à se conformer à cette décision.

62. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter l'intitulé et le texte des projets de directives 2.6.1 et 2.6.2, figurant dans le document A/CN.4/L.665.

Il en est ainsi décidé.

Les directives 2.6.1 et 2.6.2 sont adoptées.

63. M. PELLET (Rapporteur spécial) se félicite que les directives 2.6.1 et 2.6.2, qui sont l'aboutissement de deux années d'un travail ardu, aient été adoptées. Répondant aux observations de M. Sreenivasa Rao, il fait observer que les difficultés de l'Inde au sujet de l'instrument constitutif

[11] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/535 et Add.1.

[12] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/544.

[13] Ibid., vol. II (2e partie), chap. IX, sect. B, par. 275 à 293.

de l'Organisation maritime internationale avaient trait aux réserves et non aux objections. Cela étant, il est vrai que des divergences d'opinion peuvent surgir entre des États et des organes dépositaires ou des juridictions internationales en ce qui concerne la nature des communications faites par les États. Qu'il suffise de penser à l'affaire *Belilos c. Suisse* du 29 avril 1988, dans laquelle la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que ce qui était censé être une déclaration constituait en réalité une réserve. D'où l'importance des deux directives.

64. M. Pellet rappelle également que dans son huitième rapport il a exprimé l'intention de proposer tout d'abord une définition générale, avant d'aborder les définitions spécifiques des différents types d'objections, y compris le refus d'un État d'être lié par un traité avec l'État auteur de la réserve[14]. Tout comme M. Sreenivasa Rao, M. Pellet aurait préféré que les objections visant à exclure ou à modifier les effets juridiques de la réserve et celles visant à exclure l'application du traité dans son ensemble soient traitées séparément. Il accepte néanmoins le projet de directive 2.6.1 tel qu'il a été formulé par le Comité de rédaction.

La séance est levée à 12 h 55.

[14] *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/535 et Add.1, par. 98 à 106.

2843e SÉANCE

Mardi 24 mai 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, Mme Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. A, A/CN.4/547 et A/CN.4/553, A/CN.4/556, A/CN.4/L.666/Rev.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

TROISIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO approuve l'idée de s'inspirer des articles sur la responsabilité internationale de l'État pour fait internationalement illicite[1] pour élaborer le présent projet d'articles, tout en considérant qu'il faut faire preuve d'une grande prudence en la matière. Le fait qu'il existe différents types d'organisations internationales (de coopération, de financement, d'intégration) pose la question de la nature et de la portée des recommandations ou des décisions que leurs organes peuvent adopter. Selon lui, ces distinctions sont importantes, et pas seulement théoriques, dans la mesure où elles ont des effets pratiques. Le droit international des organisations internationales ne constitue pas un corps unique de normes juridiques, chaque organisation ayant son droit propre, même s'il existe des principes généraux communs à toutes les organisations. Il en résulte que les obligations qui découlent des actes des organisations ne sont pas toujours de même nature. Certaines constituent des obligations de moyen, d'autres des obligations de résultat; certaines se traduisent par des recommandations ou autorisations, d'autres par des décisions qui lient les États membres. La nature des obligations est donc fondamentale pour déterminer le fait qui peut être attribué à une organisation internationale. Il convient donc de distinguer les normes de l'organisation de ses actes, même si dans les deux cas il n'est pas aisé de déterminer l'obligation, comme on l'a vu lors du débat relatif aux pouvoirs du Conseil de sécurité. M. Rodríguez Cedeño rappelle à ce sujet que, conformément à l'Article 24 de la Charte, le Conseil de sécurité a la responsabilité principale du maintien de la paix et de la sécurité internationales. En vertu du Chapitre VII de la Charte, il peut, en cas de menace contre la paix, recommander ou ordonner aux États Membres de prendre certaines mesures. Or cet aspect est important, dans la mesure où le Conseil de sécurité peut commettre un fait internationalement illicite par omission, et donc engager la responsabilité de l'ONU.

2. Il ne faut pas oublier par ailleurs que la personnalité juridique d'une organisation internationale est distincte de celle des États qui la composent, question liée à celle de la détermination de la responsabilité de l'organisation en tant que telle, et de la responsabilité résiduelle de ses États membres, le cas échéant. La définition de l'organisation internationale adoptée par la Commission en 2003 est très claire à cet égard[2]. Une organisation a la capacité d'agir, d'acquérir des droits et de contracter des obligations, et elle peut donc engager sa responsabilité. Elle serait donc seule responsable, selon les conditions définies dans le projet d'articles, de la commission d'un fait internationalement illicite. La question de la responsabilité des États membres est quant à elle beaucoup plus complexe.

3. Passant aux projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial, M. Rodríguez Cedeño relève que le principe de l'existence d'une violation d'une obligation internationale par une organisation internationale, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci, énoncé dans le projet d'article 8, pourrait également s'appliquer aux obligations extraconventionnelles, c'est-à-dire, par exemple, aux obligations à caractère unilatéral que l'organisation aurait pu contracter par voie d'un acte unilatéral ou d'une résolution. Il faudrait alors s'interroger sur les actes que le secrétaire général d'une organisation adopte dans le cadre de ses compétences, dans la mesure où celles-ci

[1] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 à 153.

[2] Voir *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.1, projet d'article 2.

sont différentes de celles d'autres organes de l'organisation composés d'États. M. Rodríguez Cedeño cite à titre d'exemple l'autorisation du Secrétaire général de l'ONU concernant l'« Opération turquoise »[3].

4. La question du fait internationalement illicite d'une organisation à raison d'un acte qui lui soit attribuable ne semble pas soulever de grandes difficultés. Cependant, la situation semble moins claire lorsqu'il s'agit d'une omission. À cet égard, l'exemple du génocide rwandais, figurant au paragraphe 10 du rapport, est intéressant mais M. Rodríguez Cedeño ne partage pas pleinement le point de vue selon lequel la procédure de prise des décisions peut être à l'origine d'une omission, laquelle peut donner lieu à un fait internationalement illicite. Une organisation peut se trouver en effet dans l'impossibilité d'agir en raison du désaccord de ses membres, et dans ce cas sa responsabilité ne devrait pas nécessairement être engagée. À ce sujet, il convient de distinguer la structure des organisations, composées d'États souverains, de celle de l'État, constitué de pouvoirs distincts. Il est vrai que, comme le prévoit l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, l'État peut engager sa responsabilité pour le fait internationalement illicite de l'un quelconque de ses organes, que ceux-ci soient centraux ou décentralisés, régionaux, fédéraux, etc.[4] On sait qu'une organisation internationale peut être responsable d'un fait internationalement illicite, mais il est plus difficile d'admettre qu'elle puisse l'être en raison d'une omission.

5. Quant à la question de savoir si les règles de l'organisation font ou non partie du droit international, il faut tenir compte une fois de plus de la diversité des organisations internationales. Ces règles concernent bien souvent le fonctionnement de l'organisation, ou bien elles créent un régime juridique particulier qui ne fait pas nécessairement partie du droit international. Dès lors, il importe de toujours en tenir compte. Le libellé général du projet d'articles est donc acceptable dans la mesure où il couvre toutes les hypothèses.

6. Le projet d'article 9, tel qu'il est rédigé, est également acceptable.

7. Le chapitre du rapport relatif à la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation traite d'une question complexe et délicate qui doit être attentivement examinée. Le projet d'article 13 ne présente pas de difficulté. S'agissant du projet d'article 16, si une organisation adopte une décision obligeant clairement un État membre à commettre un fait internationalement illicite, elle engage sa responsabilité si, comme le précise l'alinéa *b* du paragraphe 1, « le fait en question est commis ». Le cas de l'autorisation soulève une question différente dont il faut tenir compte dans l'établissement de la responsabilité. En effet, en l'absence de décision obligatoire, c'est-à-dire si l'État membre dispose d'une marge de manœuvre, le fait ne serait pas attribuable à l'organisation et sa responsabilité ne serait donc pas engagée, comme le montre l'affaire *Bosphorus*, mentionnée au paragraphe 32 du rapport. M. Rodríguez Cedeño estime par conséquent que le paragraphe 2 devrait être reformulé de façon à exprimer plus clairement l'idée selon laquelle, en cas d'autorisation de l'un des organes de l'organisation, la responsabilité est transférée en principe à l'État membre qui agit de son plein gré.

8. En conclusion, M. Rodríguez Cedeño approuve le renvoi de l'ensemble des projets d'article au Comité de rédaction et la création d'un groupe de travail chargé d'examiner les points qui ne font pas l'objet d'un accord général.

9. M^me^ XUE dit qu'à première vue on peut penser qu'il existe une similitude entre la responsabilité des organisations internationales et la responsabilité des États concernant la violation d'une obligation internationale et la responsabilité à raison du fait d'un autre sujet de droit international. Toutefois, il ressort du rapport qu'un certain nombre de questions fondamentales se posent en ce qui concerne les organisations internationales. En effet, celles-ci sont très différentes des États souverains pour ce qui est de leur capacité de s'acquitter d'une obligation internationale. Ces différences tiennent non seulement au processus de prise de décisions suivi, mais aussi au fait que les membres des organisations internationales sont également des sujets de droit international. La capacité des organisations internationales de s'acquitter d'une obligation internationale est déterminée, voire dictée, par leurs États membres. Dans la plupart des cas, les obligations des organisations internationales sont générales et limitées, et souvent indirectement exécutées par le truchement de leurs États membres. Alors qu'au niveau national la procédure interne n'a pas d'incidence sur le plan international en matière de responsabilité de l'État, la procédure interne des organisations internationales a une incidence au niveau international. En théorie, les articles 8 à 12 ne présentent guère de difficulté, et il est possible d'appliquer, par analogie, les règles relatives à la responsabilité de l'État aux organisations internationales. Mais un examen plus approfondi de ce projet d'articles soulève un certain nombre de questions.

10. En ce qui concerne le point de savoir si une omission d'une organisation internationale constitue une violation d'une obligation internationale, M^me^ Xue estime que le Rapporteur spécial a traité la réponse du Conseiller juridique du FMI, mentionnée au paragraphe 8 du rapport, avec un peu trop de légèreté. L'exemple donné au paragraphe 10 du rapport, au sujet de l'incapacité de l'ONU à empêcher le génocide au Rwanda, peut sembler approprié sur le plan des droits de l'homme, mais il n'est pas convaincant dans l'optique de la violation d'une obligation internationale, car ce n'est pas l'ONU qui s'est abstenue d'agir, mais ses États Membres. Le Rapporteur spécial a raison de souligner qu'il est difficile de déterminer en quoi consiste une omission. Dans le cas de la prévention du génocide, par exemple, la définition d'une action n'est pas évidente: s'agit-il d'une condamnation du Secrétaire général de l'Organisation, de l'adoption d'une résolution condamnant le génocide, de l'imposition de sanctions, ou bien encore du déploiement d'une opération militaire dans le pays concerné pour mettre un terme aux massacres? Compte tenu de ces difficultés, M^me^ Xue préfère réserver sa position quant à l'inclusion de l'omission dans le projet d'articles.

[3] Voir à ce sujet la résolution 929 (1994) du Conseil de sécurité, en date du 22 juin 1994.

[4] *Annuaire… 2001*, vol. II (2^e^ partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 et 41.

11. Mme Xue estime par ailleurs que les paragraphes 11 à 13 du rapport sont quelque peu déroutants. Le texte de l'Union européenne cité au paragraphe 12 énonce la notion de règles d'attribution de comportement particulières et celle de règles spéciales en matière de responsabilité. Les premières ont trait à l'attribution de comportement dans l'exécution d'une obligation de l'Union européenne, et les secondes permettent de déterminer à qui incombe la responsabilité d'une action menée au plan international. Il peut être nécessaire de distinguer, au sein de l'organisation, entre l'attribution du comportement et l'attribution de la responsabilité afin de déterminer si la responsabilité internationale incombe à l'organisation ou à ses États membres; cependant, dans l'optique du projet d'articles, cette distinction est inutile dans la mesure où les faits qui doivent être considérés comme ceux d'une organisation sont précisés dans son acte constitutif, et ce, sans qu'il soit nécessaire de savoir qui les a effectivement réalisés. Dans le cas de l'examen de la responsabilité des États membres, il faudra peut-être se pencher sur la question des règles internes d'attribution de comportement des organisations internationales, mais, sur le plan théorique, il convient d'ores et déjà de les distinguer des règles d'attribution en vertu du régime de la responsabilité internationale.

12. S'agissant des obligations découlant des règles de l'organisation, Mme Xue estime qu'il est difficile de dire si elles font partie ou non du droit international. Certaines règles des organisations internationales imposent manifestement des obligations internationales, telles que les décisions adoptées par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte; d'autres peuvent avoir une incidence sur la détermination des obligations internationales, par exemple les règles internes sur les modalités d'exécution des obligations conventionnelles; d'autres encore sont de simples règles administratives internes sans effets juridiques externes, comme par exemple le règlement du personnel. La question est de savoir comment définir l'expression « règles de l'organisation ». Le Rapporteur spécial pourrait éventuellement indiquer dans le commentaire dans quelle mesure des obligations imposées par les règles de l'organisation devraient être considérées comme des obligations en vertu du droit international. Le libellé actuel du paragraphe 2 de l'article 8 ne reflète pas de manière satisfaisante la complexité de la question.

13. En ce qui concerne la responsabilité à raison du fait d'un autre sujet de droit international, Mme Xue note que le Rapporteur spécial s'est heurté à l'absence de pratique internationale dans les cas envisagés aux articles 12 à 16. En théorie, de telles situations sont possibles mais, comme le montre le rapport, il est difficile actuellement de leur trouver un fondement empirique. Une partie importante de ce chapitre du rapport est consacrée aux relations entre une organisation internationale et ses membres. S'agissant du « contrôle normatif » (par. 35 du rapport), Mme Xue doute que « les directives et le contrôle » envisagés soient similaires à ceux dont il est question à l'article 17 du projet sur la responsabilité de l'État[5]. Tout d'abord, ces relations sont déterminées par l'instrument constitutif établi par les États membres. En outre, la personnalité des organisations internationales est une fiction, puisque leur pouvoir est exercé principalement par le biais de leurs États membres. En somme, si on peut admettre qu'une organisation internationale puisse commettre un fait internationalement illicite, on peut difficilement imaginer qu'elle puisse exiger, en connaissance de cause, de ses États membres qu'ils commettent un certain fait afin « d'accomplir indirectement ce qui lui est interdit d'accomplir directement » (par. 36 du rapport). Dans la mesure où une organisation internationale est un sujet de droit international, son fonctionnement est régi à la fois par ses règles internes et le droit international. L'exigence de la connaissance des circonstances du fait illicite est également pertinente sinon il n'y a pas contournement des obligations. En d'autres termes, si une organisation internationale demande à ses membres d'accomplir une action qu'elle croit conforme au droit international, mais qui se révèle finalement être un fait illicite, la responsabilité internationale de l'organisation et de ses membres devrait être déterminée par les règles de l'organisation et les règles primaires pertinentes du droit international. Sur le plan du droit, le projet d'article 13 n'est pas nécessaire.

14. La teneur générale du projet d'article 16 a une incidence directe sur les relations entre une organisation et ses États membres. En effet, plus une décision d'une organisation internationale est contraignante pour ses membres, plus sa responsabilité est grande. À cet égard, l'intérêt ne devrait pas constituer un facteur décisif pour déterminer la responsabilité de l'organisation. Il faudrait revoir à ce propos l'exemple donné au paragraphe 40 du rapport. En effet, si le Protocole de Montréal relatif à des substances qui appauvrissent la couche d'ozone interdit toute fourniture de fréon, il est évident que le Comité des sanctions n'aurait pas dû autoriser la fourniture de ce gaz à l'Iraq. Que l'ONU ait ou non un intérêt quelconque dans cette affaire n'enlève rien au caractère illicite de l'autorisation. Aussi utile qu'il soit, le projet d'article 16 ne devrait pas figurer dans cette partie du rapport. La responsabilité des organisations internationales étant différente de la responsabilité de l'État, elle devrait être déterminée par des règles spéciales régissant les relations entre les organisations internationales et leurs membres pour un fait illicite en vertu du droit international. Les décisions, recommandations ou autorisations constituent les actes normaux des organisations internationales. La question qui se pose constamment est celle de savoir comment les États membres les appliquent et comment répartir la responsabilité des faits commis entre ceux-ci et l'organisation. Étant donné l'importance de la question, Mme Xue propose qu'elle soit traitée séparément, en tant que question juridique spéciale.

15. M. DUGARD, revenant sur la question de la responsabilité éventuelle de l'ONU dans des catastrophes humanitaires telles que le génocide au Rwanda, juge très étrange l'argument de Mme Xue selon lequel, dans certaines circonstances, seuls les États Membres pourraient être tenus responsables d'une omission, et non l'Organisation elle-même. Cela pourrait se comprendre dans un cas comme celui de Srebrenica où, l'inaction des forces de maintien de la paix étant manifestement imputable aux Pays-Bas, ces derniers pourraient être tenus responsables de ce qui s'est passé, au même titre que l'ONU elle-même. La situation au Rwanda était différente, dans la mesure où il n'y avait pas d'État présent sur le terrain,

[5] Ibid., p. 27.

auquel la faute pourrait être attribuée. S'il y a eu faute, elle incombe à l'ONU car elle s'est abstenue d'agir. Dans de telles circonstances, il ne faut pas s'attendre à ce qu'un État agisse unilatéralement, puisque la Charte des Nations Unies interdit une action unilatérale. En conséquence, pour M. Dugard, lorsqu'une organisation internationale en tant que telle a commis une faute, elle engage sa responsabilité.

16. M. FOMBA souhaiterait que M^me^ Xue précise sa pensée lorsqu'elle dit que le cas du génocide n'est pas pertinent, dans la mesure où il relèverait d'une approche spécifique aux droits de l'homme et que les choses sont différentes en droit international. Il aimerait savoir quelle serait alors la différence entre les droits de l'homme et le droit international et si la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide ne fait pas partie du droit international.

17. M^me^ XUE craint qu'il n'y ait eu un malentendu. En citant le cas du génocide commis au Rwanda, son intention était d'indiquer que cet exemple donné par le Rapporteur spécial ne permet pas de comprendre comment une omission pourrait être considérée comme un fait illicite imputable à une organisation internationale. Elle n'a pas voulu dire que l'ONU ne devrait pas être tenue responsable en raison de son inaction au Rwanda. En réalité, ce n'est pas l'ONU − et ses États Membres − mais l'ensemble de la communauté internationale qui n'a pas agi de manière efficace. Il n'est pas possible d'accuser l'ONU d'inaction, alors même que ses États Membres étaient peu disposés à prendre des mesures.

18. Les droits de l'homme sont certainement une préoccupation majeure pour chaque État et pour l'ensemble de la communauté internationale, mais cela n'entraîne aucune conséquence automatique concernant l'attribution d'une responsabilité à une organisation internationale. La difficulté réside dans la notion d'omission; il faut donc examiner le contenu de la responsabilité. Si l'on accuse l'ONU de ne pas être intervenue au Rwanda, il faudra savoir quelles en seront les conséquences, s'il s'agira d'obtenir réparation, ou encore d'avoir la garantie que cela ne se reproduira pas et à quoi cela mènera. Là encore, il n'est pas question de dire que l'ONU n'avait pas à intervenir. La question est de savoir si cela a un lien avec les questions de la responsabilité juridique et de l'omission sur laquelle la Commission doit se prononcer.

19. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en qualité de membre de la Commission, dit que parler de la responsabilité des États Membres de l'ONU pour leur absence de réaction lors du génocide au Rwanda, sans préciser de quelle réaction on parle, est beaucoup trop vague. On sait bien, par exemple, que la Charte des Nations Unies interdit le recours à la force. Quelle était alors l'obligation des États?

20. M^me^ XUE dit que, si l'on suit exactement l'approche adoptée pour la responsabilité de l'État, on voit clairement qu'il se pose une question complexe, celle des règles primaires pour les organisations internationales. Le fait est que même dans une situation aussi grave que le génocide au Rwanda, il est très difficile de dire que l'ONU a une responsabilité.

21. M. DUGARD convient qu'il s'agit d'une question très difficile mais pense que l'on ne peut néanmoins l'éluder en affirmant que la communauté internationale dans son ensemble est responsable, car celle-ci n'a pas de personnalité juridique. Il faut plutôt dire que, si une entité juridique internationale doit être tenue pour responsable dans le cas du Rwanda, alors ce doit être l'ONU, et l'indemnisation peut être envisagée comme forme de réparation.

22. M. ECONOMIDES rappelle que M^me^ Xue a distingué entre action illicite et omission illicite en précisant qu'elle avait quelque difficulté à accepter l'idée de la responsabilité d'une organisation internationale pour une omission. Or, s'agissant de responsabilité, les actions comme les omissions sont unanimement prises en compte, que ce soit dans le cas des États ou dans celui des organisations internationales. D'ailleurs, même une omission de l'organisation due au fait que les États membres ne peuvent pas prendre une décision ou ne peuvent pas la prendre à temps ne diminue en rien la responsabilité de l'organisation. On peut se demander si l'organisation aurait un recours contre les États qui ont empêché la prise de décisions, mais cette question sera abordée vers la fin de l'examen du projet, comme on l'a fait pour la responsabilité internationale.

23. M. KABATSI fait observer qu'il y a incontestablement des cas où l'on s'attend à ce qu'une organisation internationale fasse quelque chose. Cela étant, il est vrai que le génocide rwandais est un cas complexe, d'autant que l'ONU se trouvait déjà sur le terrain, avec des forces autorisées par le Conseil de sécurité, et que, dès que le génocide a commencé, ces forces ont été retirées: il s'agit clairement d'un exemple d'omission.

24. M. CHEE dit que, premièrement, on se trouve plutôt face à une question d'attribution de la responsabilité à une organisation ou à ses États membres. Comme l'a affirmé le Président de la Cour pénale internationale, un crime n'est pas commis par un État mais par des individus. Il faut donc examiner séparément les questions d'attribution et celles qui concernent l'infraction elle-même. Deuxièmement, le Conseil de sécurité n'est pas intervenu dans le cas du Rwanda, mais il l'a fait pour le Kosovo: il faut s'interroger sur la raison d'une telle différence.

25. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, convient tout à fait que dans le cadre du Statut de Rome de la Cour pénale internationale seule se pose la question de la responsabilité des individus et non celle de la responsabilité pénale des États. Cependant, dans le cadre du sujet à l'examen, on aborde la responsabilité d'une manière générale, et l'on s'interroge notamment sur la responsabilité civile des États.

26. M. Sreenivasa RAO fait remarquer que, rétrospectivement, le paragraphe 10 apparaît comme le plus important du rapport du Rapporteur spécial. Ce n'était probablement pas l'intention de ce dernier, et si tel avait été le cas, il aurait fourni davantage d'éléments factuels. Les différentes réactions sont, de manière bien compréhensible, très émotionnelles. Or, il n'est pas inhabituel que le Conseil de sécurité agisse quand il le souhaite et n'agisse pas quand il ne le souhaite pas. En citant le cas du

Rwanda, le Rapporteur spécial suppose premièrement que « le droit international général oblige les États et autres entités à prévenir les génocides de la même manière que la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide », mais de quelle manière s'agit-il? Il suppose ensuite que l'ONU « était en position de prévenir un génocide ». Or, être en position de prévenir est une chose, être capable de prévenir en est une autre. Tout le monde est d'accord pour dire qu'il y a eu manquement sur le plan moral et que l'ONU a adopté une politique de « deux poids, deux mesures », si l'on songe à ce qui s'est passé dans d'autres pays. Mais pour ce qui est de l'incapacité de l'Organisation à agir aussi rapidement qu'il l'aurait fallu, on ne peut pas aussi facilement parler de responsabilité juridique. Quant aux mots « … ne rien faire aurait constitué une violation d'une obligation internationale », beaucoup ont estimé qu'ils allaient vraiment trop loin. Il reste que, pour utile qu'il soit, l'ensemble de ce débat dépasse largement la portée du mandat de la Commission.

27. M. KOLODKIN dit qu'au cours de ses interventions précédentes il a accepté l'idée qu'une organisation internationale pouvait être tenue pour juridiquement responsable en cas d'omission, mais a également dit que le cas cité au paragraphe 10 du rapport n'en était pas le meilleur exemple. Le débat très intéressant sur la question ne l'a pas fait changer d'avis. Pour déterminer si une organisation internationale a une quelconque responsabilité, il faut examiner tout d'abord ses actes constitutifs, puis ses règles et enfin tout accord qu'elle aurait pu conclure. Si l'on y trouve l'obligation d'agir d'une certaine manière, alors le fait de ne pas agir engage sa responsabilité. Dans le cas du Rwanda, l'ONU n'avait pas l'obligation clairement exprimée d'agir d'une certaine manière dans ce type de situation. Comme certains l'ont souligné, le Conseil de sécurité avait toute discrétion à ce sujet, et cela correspond à la vision des auteurs de la Charte. Il importe que ce pouvoir discrétionnaire soit maintenu pour que l'ONU conserve la possibilité de décider quel est le meilleur comportement à adopter dans toute situation décisive pour la communauté internationale. À ce propos, M. Kolodkin approuve la proposition du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement tendant à définir les critères devant être réunis pour que le Conseil de sécurité et l'Organisation dans son ensemble soient tenus d'intervenir, en particulier pour empêcher une catastrophe humanitaire[6].

28. M. GAJA (Rapporteur spécial) assure les membres que, d'autres instances s'en occupant avec toute la compétence voulue, il n'avait aucunement l'intention d'embarquer la Commission dans un projet de réforme de l'ONU. Le projet d'article 8 concerne principalement les accords qu'une organisation internationale a conclus, et au paragraphe 10 de son rapport il entendait simplement donner un exemple d'un manquement à une obligation au regard du droit international général, et qui constituait une omission. Cela dit, il n'est pas d'accord avec l'idée que seuls les États ont l'obligation de prévenir les génocides, mais, quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la Commission de trancher cette question.

29. M. PELLET dit qu'il est trop facile de se débarrasser du problème en critiquant le paragraphe 10 du rapport du Rapporteur spécial, et surtout en faisant peser la responsabilité sur la communauté internationale dans son ensemble, seule certitude que personne ne sera considéré comme responsable. Il est aussi trop facile de dire que les organisations internationales sont responsables quand elles agissent mais pas quand elles n'agissent pas. Comme l'a dit M. Kolodkin, le seul vrai problème est de savoir si l'organisation a ou n'a pas l'obligation d'agir. Dans l'affirmative, il est évident qu'elle est responsable si elle ne le fait pas. D'ailleurs, la question est tranchée dans le projet d'article 3. On compliquera indéfiniment les choses en retenant des exemples qui ont une charge émotionnelle très forte, et qui posent des problèmes plus humains, moraux et politiques que juridiques. Outre le Rwanda, on pourrait citer le cas de Srebrenica mais le premier exemple en la matière est donné par le retrait de la force d'urgence des Nations Unies du Sinaï juste avant la deuxième guerre israélo-arabe. On pourrait dire que l'agresseur était Israël ou l'Égypte, voire le Secrétaire général puisqu'il a ordonné ce retrait. La question de la responsabilité se pose. M. Pellet demande donc qu'on ne discute plus de ces cas et que l'on s'en tienne aux aspects techniques du sujet.

30. M. AL-MARRI est d'avis, contrairement à certains de ses collègues, que lorsqu'on ne peut imputer une responsabilité à un État ou à des individus l'ONU serait l'organisation internationale la plus susceptible d'endosser cette responsabilité. Les actes criminels ne pouvant en aucun cas rester impunis, quels qu'en soient les responsables, il pense, comme M. Dugard, qu'il est possible d'établir une responsabilité dans le cas du Rwanda.

31. M. DUGARD, relevant que M. Pellet a dit que le retrait des forces de maintien de la paix des Nations Unies du Sinaï devrait être considéré comme le premier exemple en matière de responsabilité des organisations internationales, avant de demander que l'on s'écarte des problèmes « émotionnels » pour se recentrer sur des questions techniques, pense que la Commission, même si elle est un organe plus technique que politique, doit garder ces grandes questions à l'esprit lorsqu'elle traite ce type de problème.

32. Mme XUE dit que, sur le plan émotionnel, elle est d'accord avec M. Kabatsi mais fait observer, dans une perspective technique, que lorsque des forces de maintien de la paix se retirent d'un territoire la veille d'un massacre, c'est qu'elles en ont reçu l'ordre. Il s'agit donc de savoir non pas si l'ONU a commis une omission, mais si sa décision de retirer les troupes était illicite ou non, ce qui est une question d'interprétation. Ensuite, en matière d'omission, la situation est extrêmement complexe car il faut envisager le cas où le problème relève de la compétence de plusieurs organisations internationales, dont aucune n'agit réellement. Dans le cas du Rwanda, par exemple, l'ONU n'est pas seule responsable car bien d'autres organisations internationales pourraient également être tenues responsables de n'être pas intervenues. Si l'on examine la question du maintien de la paix et de la sécurité internationales, à l'évidence l'ONU et, notamment, le Conseil de sécurité sont responsables au premier chef. Cependant, conformément à la Charte, les organisations régionales et

[6] « Un monde plus sûr: notre affaire à tous » (A/59/565), deuxième partie, chap. IX, sect. B, par. 207.

les États concernés sont aussi responsables en vertu de l'Article 51, car ils peuvent exercer leur droit de légitime défense. En outre, les mandats des organisations internationales sont souvent interdépendants, si bien qu'il est très difficile de trouver un cas dans lequel on peut dire sans aucune ambiguïté que telle ou telle organisation aurait dû agir.

33. M. CHEE dit qu'il est très difficile de contester des décisions prises par le Conseil de sécurité en vertu de la Charte des Nations Unies, car, conformément à l'Article 24, les États Membres confèrent au Conseil de sécurité la responsabilité d'agir et reconnaissent que le Conseil de sécurité agit en leur nom. En outre, l'Article 25 dispose que les Membres de l'Organisation conviennent d'accepter et d'appliquer les décisions du Conseil de sécurité conformément à la Charte. Il n'est donc pas aisé de déterminer si le Conseil de sécurité a raison ou tort, s'il devrait intervenir ou non, et le type d'intervention que les États Membres pourraient demander. Ces difficultés constituent un véritable dilemme quant à ce que le Conseil de sécurité doit faire ou ne pas faire, car en cas d'omission il se pose la question de savoir si celui-ci est prêt à être tenu responsable pour l'ONU. Peut-être faudrait-il analyser les omissions ou les actions par rapport à la règle de la diligence due énoncée par le droit international général, en écartant l'exigence de la Charte des Nations Unies selon laquelle celle-ci devrait avoir la priorité. On pourrait à cette fin consulter le Répertoire de la pratique du Conseil de sécurité et le Répertoire de la pratique suivie par les organes des Nations Unies. M. Chee doute cependant que cela soit d'une grande aide, la meilleure solution restant à son avis d'examiner l'omission par rapport à la norme de la diligence due qu'énonce le droit international général, sur la base de laquelle on devrait juger si le Conseil de sécurité est responsable ou non.

34. M. PELLET dit qu'en s'appuyant sur des petits exemples de problèmes concrètement solubles on parviendra peut-être, par déduction, à trouver des règles générales qui soient applicables même aux cas extrêmement délicats dans lesquels, à son avis, le droit n'a pas vraiment de rôle fondamental à jouer. En effet, le droit n'est pas la solution à tous les problèmes, car il s'applique plutôt dans les hypothèses non dramatiques que dans les hypothèses dramatiques.

35. Rappelant que la Commission a déjà débattu en 2004 de la question de la responsabilité pour l'action ou l'inaction des forces de maintien de la paix, et qu'à cette occasion on avait fait valoir que ces forces, qui peuvent sans doute être considérées comme un organe de l'organisation, restent sous double sceau[7], M. Pellet dit que les problèmes spécifiques de responsabilité tenant à l'action ou à l'inaction de ces forces devraient être détachés du sujet et demande, en tant que Président du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, s'il ne faudrait pas réfléchir à une proposition visant cette responsabilité particulière, qui est un sujet en soi. Chaque fois que l'on tente de trouver des exemples de ce type, on bute sur les problèmes émotionnels évoqués plus haut mais aussi sur le fait qu'étant donné que les soldats des forces de maintien de la paix restent malgré tout soumis à l'autorité hiérarchique de leur commandement national, on a des problèmes de répartition qui sont spécifiques et particuliers. Il faudrait donc, par *gentlemen's agreement*, admettre que les forces de maintien de la paix ne sont jamais un bon exemple dans le cadre de ce sujet et inscrire cette question dans le programme de travail à long terme de la Commission, de façon à ne pas interférer avec le sujet traité par M. Gaja.

36. Le PRÉSIDENT précise qu'il n'avait pas l'intention de lancer un débat sur des questions émotionnelles, mais voulait simplement appeler l'attention sur la question de l'obligation d'agir qu'ont les organes de l'ONU, et plus particulièrement le Conseil de sécurité, dans un certain nombre de cas précis. M. Kolodkin a répondu en se référant à la proposition que le Groupe de personnalités de haut niveau a faite au Conseil de sécurité, à savoir, dans le cas précis du génocide, adopter une résolution que l'on pourrait qualifier de « normative » pour préciser dans quelles conditions le Conseil de sécurité devrait agir et établir un certain nombre de critères, en vue de lui prescrire une obligation[8].

37. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, relevant que le sujet a été scindé en une double problématique, à savoir la violation d'une obligation internationale par une organisation internationale et la responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation, dit qu'à son avis ces deux aspects sont étroitement liés, car leur traitement s'inscrit dans un lien de dépendance logique et chronologique à travers la fonction d'illustration et d'application de la règle générale en matière d'attribution d'un fait internationalement illicite à une organisation internationale. Il regrette cependant que, dans l'exercice de distribution du fondement de la responsabilité internationale de l'organisation internationale, on ait quelque peu oublié l'essentiel, c'est-à-dire la violation de l'obligation internationale saisie dans sa consistance avant de l'être dans son existence. Si la Commission convenait de suivre l'orientation proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 5, à savoir insérer soit après le projet d'article 4, soit après le projet d'article 8, un projet d'article reprenant pour les organisations internationales le texte de l'article 13 relatif au fait d'un État du projet relatif à la responsabilité de l'État, il en résulterait, au plan de la construction et de l'agencement des projets normatifs, un effet d'unité entre les deux parties qui structurent le rapport.

38. La Commission devrait, par la voie d'un projet d'article, donner plein effet à la jurisprudence Demirel. Ainsi, la Commission donnerait au phénomène de l'intégration, qui est aujourd'hui ancré dans les réalités internationales, la place qui lui revient dans son exercice d'ensemble, car ce phénomène est générateur d'une pratique spécifique, consistante, précieuse et donc propice à la codification, d'autant que cette pratique se sera déclinée en une jurisprudence dont le caractère international ne saurait être contesté. Si le projet d'articles sur la responsabilité de l'État a fait l'impasse sur la mise en valeur normative de la distinction entre organisation internationale d'intégration et organisation internationale de coopération, celui que la Commission s'emploie actuellement à élaborer devrait

[7] *Annuaire… 2004*, vol. I, 2800e à 2802e séances, *passim*.

[8] A/59/565, par. 203, voir aussi par. 207 et 256.

accorder aux organisations internationales d'intégration la considération qu'elles méritent. Personne ne peut dire si la double implication de l'Union européenne et de l'Union africaine, d'une part, et de l'ONU et de l'OTAN d'autre part, dans la situation qui prévaut aujourd'hui au Darfour, peut se prêter au même type d'évaluation en cas de violation, par l'un ou l'autre de ces acteurs, des obligations qu'ils auront contractées dans le cadre d'arrangements de circonstance ou des obligations découlant de leurs actes constitutifs ou encore des règles qui sont propres à l'une ou l'autre de ces organisations internationales. Au Darfour, c'est le résultat qu'il faut prendre en compte.

39. Il faudrait donc bien considérer, comme indiqué au paragraphe 15 du rapport, que la violation d'une obligation consistant à parvenir à un certain résultat semble impliquer la possibilité d'une exception au principe général énoncé au projet d'article 3. La Commission devrait cerner de près la notion d'obligation de résultat comme fondement spécifique de la responsabilité internationale des organisations internationales d'intégration couplée avec la responsabilité de leurs États membres. En se demandant au paragraphe 16 du rapport si les obligations découlant des règles de l'organisation relèvent du droit international, le Rapporteur spécial enfonce une porte ouverte, car rien ne sert de s'interroger sur la nature juridique des règles de l'organisation internationale, qu'elles procèdent d'un traité ou d'un instrument régi par le droit international ou qu'elles procèdent d'un sujet de droit international autre que l'État. Dès lors que la Commission a défini la notion de règles de l'organisation dans son projet d'article 4, qui pourrait demander des comptes à la CIJ pour n'avoir pas énuméré les règles de l'Organisation mondiale de la santé dans son avis consultatif du 20 décembre 1980?

40. La question de l'appartenance des règles de l'organisation dans l'ordre international est une question réglée, car il suffirait de dire, si nécessaire, que l'ordre de l'organisation internationale fait partie intégrante de l'ordre juridique international. En tout état de cause, le paragraphe 2 du projet d'article 8 doit être supprimé. M. Pambou-Tchivounda préconise donc le renvoi du projet d'article 8 amputé de son paragraphe 2 actuel et des projets d'articles 12 à 15 au Comité de rédaction. Quant au projet d'article 16, il gagnerait à être revu à la lumière de la pratique internationale.

41. M. GAJA (Rapporteur spécial), résumant les débats, se dit favorable à l'idée de diviser en chapitres le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales. Une fois que les articles de fond auront été élaborés, il serait utile d'introduire des chapitres correspondant à la division déjà adoptée pour les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Certains membres ayant émis des réserves quant à la pertinence de ce choix, le Comité de rédaction devra en discuter. L'idée d'une disposition finale renvoyant à l'existence de règles spéciales, notamment à celles que peuvent prévoir les règles de l'organisation, pourrait être évoquée dans le commentaire, même s'il semble prématuré de tenter d'établir le texte de cette disposition dès à présent. Si l'on considère les relations entre les règles de l'organisation et les autres règles de droit international, les premières ne l'emporteraient certainement pas sur les règles régissant les relations entre l'organisation et les États non membres. On ne peut donc dire que les règles de l'organisation l'emportent généralement sur les autres règles de droit international.

42. Relevant que le débat a inévitablement porté sur des questions qui sont liées à celles dont traite le troisième rapport, mais qui n'intéressent pas la Commission dans l'immédiat, le Rapporteur spécial reconnaît que le fait d'avoir cité, au paragraphe 12 de son rapport, la position du service juridique de l'Union européenne sur la question de l'attribution de comportement y a peut-être contribué. Cette référence avait pour objet de présenter différentes explications de la responsabilité de l'Union européenne pour le comportement de ses États membres car il a été allégué que le comportement des États membres doit être attribué à l'organisation lorsqu'ils agissent dans des domaines considérés comme relevant de la compétence exclusive de l'Union, de même que lorsqu'ils mettent en œuvre la législation communautaire. Il n'y a pas lieu de rouvrir le débat sur cette question car la Commission a adopté des projets d'articles conformes aux principes fondamentaux exprimés par le projet d'article 4 sur la responsabilité de l'État, selon lequel le comportement de l'organe de l'État est attribué à cet État.

43. Diverses questions soulevées lors du débat ont porté sur la responsabilité des États membres par rapport à celle d'une organisation internationale, ce qui sera le sujet du prochain rapport. La question de la responsabilité des États n'est pas à proprement parler visée par les projets d'articles dont la Commission est actuellement saisie, mais par les articles sur la responsabilité de l'État. La préoccupation selon laquelle les États ne devraient pas être exonérés de leur responsabilité lorsqu'une organisation internationale est tenue responsable a donc été déjà exprimée dans le commentaire adopté en 2004, qui indique que «l'attribution d'un certain comportement à une organisation internationale n'implique pas que le même comportement ne puisse pas être attribué à un État… »[9] De même, en ce qui concerne l'imputation de la responsabilité, le projet d'article 15 et le paragraphe 3 du projet d'article 16 sont conformes à l'idée selon laquelle la question de la responsabilité des États n'est pas exclue.

44. Le champ d'application du projet d'articles tel qu'il ressort du paragraphe 2 de l'article premier ne couvre donc pas les cas où un État et une organisation internationale peuvent tous deux être tenus pour responsables, conjointement ou non, à raison d'un fait internationalement illicite. On peut se poser la question du rapport existant entre la responsabilité d'une organisation internationale qui aide un État ou une autre organisation internationale à commettre un fait internationalement illicite et la responsabilité de l'État ou de l'organisation qui commet effectivement le fait illicite. Cette question appellerait la même réponse que dans le cas où un État aiderait un autre État à commettre un fait internationalement illicite; or, cette question n'a pas été traitée dans les articles sur la responsabilité de l'État. Le troisième rapport et plus particulièrement le projet d'article 16 traite

[9] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. V, sect. C.2, par. 72, commentaire relatif à l'attribution du comportement à une organisation internationale, par. 4.

de la situation où la responsabilité internationale d'une organisation internationale est engagée à raison du comportement attribué à un de ses États membres. Cette disposition n'implique pas nécessairement que la responsabilité de l'État membre en question serait engagée. Cela ressort clairement du paragraphe 3 de l'article 16 qui précise que, lorsque l'État n'agit pas en violation d'une de ses obligations internationales, sa responsabilité internationale ne peut être engagée. En revanche, si l'État membre est tenu par une obligation internationale et qu'il commet donc un fait internationalement illicite, sa responsabilité sera elle aussi engagée. Le Rapporteur spécial ne voit aucune raison d'exonérer un État membre qui aurait commis un fait internationalement illicite au seul motif qu'une organisation internationale lui a demandé de le faire ou qu'il a agi sous la direction ou le contrôle de ladite organisation. Ce n'est que dans une situation où cette direction ou ce contrôle vont jusqu'à la contrainte que la responsabilité de l'État concerné pourrait être dégagée.

45. Le Rapporteur spécial rappelle que, dans leur grande majorité, les membres de la Commission se sont dits d'accord pour renvoyer les projets d'articles 9 à 15 au Comité de rédaction. Certains se sont même dits d'accord pour y ajouter le paragraphe 1 du projet d'article 8. C'est pourquoi ses observations porteront essentiellement sur les dispositions les plus novatrices et les plus controversées: le paragraphe 2 du projet d'article 8 et le projet d'article 16.

46. La plupart des membres de la Commission se sont prononcés en faveur du maintien du paragraphe 2 de l'article 8. Plusieurs ont toutefois critiqué l'emploi de l'expression «en principe». Le Rapporteur spécial dit qu'il n'est pas convaincu par la solution qui consisterait à supprimer l'expression dans le texte de l'article tout en expliquant dans le commentaire qu'il peut y avoir des exceptions. Il n'est pas non plus convaincu par la proposition tendant à supprimer toute mention concernant les éventuelles exceptions en considérant que les règles de l'organisation font nécessairement partie intégrante du droit international. Le principal problème qui se poserait alors serait que le droit de l'Union européenne serait considéré comme faisant partie du droit international alors que de nombreux auteurs, et les 25 pays concernés, sont de l'avis contraire. Si la Commission arguait que le droit communautaire fait partie du droit international, elle se placerait à contre-courant de l'évolution récente du droit international. La plupart des auteurs voient dans le droit communautaire non pas une *lex specialis*, qui supposerait que cet ordre juridique est de même nature que le droit international, mais un régime autonome. Le Rapporteur spécial n'est pas non plus favorable à l'insertion d'une disposition générale qui exclurait l'Union européenne du champ d'application du projet d'articles. À bien des égards, l'Union européenne fonctionne comme les autres organisations internationales, en particulier dans ses relations avec les États tiers. De plus, le même cas de figure pourrait se présenter à l'avenir avec d'autres organisations d'intégration économique. Pour sa part, le Rapporteur spécial préférerait, en remplacement de l'expression «en principe», un libellé excluant les règles d'organisations régionales ayant donné naissance à une forme d'intégration se traduisant par un système juridique qui ne peut plus être considéré comme faisant partie du droit international. Une autre solution consisterait à supprimer purement et simplement le paragraphe 2 de l'article 8 et à passer sous silence toute la question de la nature des règles de l'organisation. Cette option est possible, mais le chapitre tout entier s'en trouverait affaibli et contribuerait bien peu à éclairer des questions qui sont importantes pour les organisations internationales.

47. En ce qui concerne le projet d'article 16, le Rapporteur spécial note que le principe qui sous-tend cette disposition a été généralement bien accepté. Une objection formulée concernait le fait que les projets d'articles 13 et 16 risquent de se recouper. Or, si on considère que le projet d'article 13 porte non seulement sur le contrôle factuel qu'exerce une organisation sur ses États membres mais aussi sur son contrôle normatif (recommandations et autorisations), ce risque n'existe que dans les cas où l'État a enfreint une de ses obligations, car le projet d'article 13 présuppose que l'État qui agit sous le contrôle de l'organisation internationale commet un fait illicite. Quoi qu'il en soit, il n'y aurait aucun inconvénient à considérer que la responsabilité de l'organisation internationale peut être engagée tant en vertu de l'article 13 qu'en vertu de l'article 16.

48. Passant au paragraphe 2 de l'article 16, qui a suscité le plus de critiques, le Rapporteur spécial réitère la raison d'être de cette disposition, qui vise les cas où une organisation internationale utilise une recommandation et une autorisation adressées à un État membre pour se soustraire à l'une de ses propres obligations. De l'avis du Rapporteur spécial, il serait souhaitable de parvenir à un consensus sur les moyens de restreindre la responsabilité de l'organisation à un certain nombre de cas, notamment ceux où son autorisation ou sa recommandation ont sensiblement contribué au comportement constituant un fait internationalement illicite. Il faudrait encore déterminer si une distinction entre les autorisations et les recommandations s'impose du fait que les unes ont un impact plus fort sur le comportement illicite que les autres.

49. Pour conclure, le Rapporteur spécial note que, de l'avis général, les projets d'articles 9 à 15 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction, tandis que les projets d'articles 8 et 16 devraient être examinés par un groupe de travail de façon à régler les problèmes qu'ils continuent de poser.

50. M. PELLET dit qu'il tient à insister sur un point qui lui semble fondamental et sur lequel il est en désaccord profond avec le Rapporteur spécial. Nul ne prétend que le droit communautaire fait partie du droit international. Il s'agit en effet d'un ordre juridique autonome, comme le sont les règles de toute organisation internationale. Cependant, à la différence des droits internes, l'ordre juridique communautaire est dérivé du droit international qui lui donne son fondement. M. Pellet serait catégoriquement opposé à ce que l'on inclue dans le projet d'articles une exception expresse vis-à-vis des organisations d'intégration économique car, de la même manière que les États ne peuvent pas s'abriter derrière leur droit national pour justifier la violation d'une obligation internationale, les organisations ne peuvent pas se prévaloir de leur droit interne pour échapper au droit international.

La proposition tendant à exclure les organisations d'intégration reviendrait à conférer à ces dernières un statut superétatique, ce qui est inacceptable.

51. M. GAJA (Rapporteur spécial), répondant à M. Pellet, dit qu'il n'a nullement suggéré que le droit communautaire pourrait justifier le non-respect du droit international. La question est de savoir si les règles d'une organisation font nécessairement partie intégrante du droit international et, partant, si la violation d'une de ces règles équivaut à une violation du droit international.

52. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objections il considérera que la Commission approuve le renvoi des projets d'articles 9 à 15 au Comité de rédaction et des projets d'articles 8 et 16 à un groupe de travail à composition non limitée.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.

2844e SÉANCE

Mercredi 25 mai 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, Mme Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. A, A/CN.4/547 et A/CN.4/553, A/CN.4/556, A/CN.4/L.666/Rev.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT ORAL DU PRÉSIDENT DU GROUPE DE TRAVAIL

1. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que le Groupe de travail à composition non limitée constitué pour examiner certains aspects controversés des projets d'articles 8 et 16 s'est réuni l'après-midi précédente et, après des débats approfondis, a décidé de recommander que des versions révisées de ces deux projets d'articles soient renvoyées au Comité de rédaction. Le commentaire rendra compte des principales divergences d'opinions qui se sont exprimées au cours du débat en plénière et au Groupe de travail.

2. Le paragraphe 1 du projet d'article 8 demeure inchangé. Le paragraphe 2 a été révisé comme suit: « Le paragraphe précédent s'applique également à la violation d'une obligation de droit international énoncée par une règle de l'organisation. »

3. Le Groupe de travail a estimé qu'il serait utile d'indiquer que des obligations de droit international étaient également énoncées par des règles de l'organisation; en l'absence de règles spéciales, les règles générales de la responsabilité internationale actuellement en cours d'élaboration s'appliqueraient donc également aux violations desdites obligations. La question de savoir si toutes les règles de l'organisation imposent des obligations au regard du droit international n'a pas été totalement résolue par le texte révisé. Le Groupe de travail a estimé que le problème devrait être réglé ultérieurement, en tenant compte des observations des gouvernements et des organisations internationales.

4. Le paragraphe 3 du projet d'article 16 demeure inchangé. Les paragraphes 1 et 2 ont été révisés comme suit:

« 1. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant un État ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait pour elle-même internationalement illicite.

« 2. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si:

« *a*) elle recommande à un État ou à une organisation internationale membre de commettre un fait qui serait pour elle-même internationalement illicite ou autorise un État ou une organisation internationale membre à commettre un tel fait; et

« *b*) cet État ou cette organisation se fonde sur la recommandation ou l'autorisation pour commettre le fait illicite. »

5. Le Groupe de travail a pensé qu'il fallait distinguer plus nettement entre le cas dans lequel une organisation internationale prend une décision obligeant ses États membres à adopter un comportement visant à contourner une de ses obligations et celui dans lequel elle recommande un tel comportement ou l'autorise.

6. Ainsi, le paragraphe 1 est catégorique s'agissant de la responsabilité de l'organisation dans le premier cas, celui d'une décision obligatoire, tandis que le paragraphe 2 tient compte du contexte et de la mesure dans laquelle l'État membre s'est fondé sur la recommandation ou l'autorisation de l'organisation. Dans ce dernier cas, la responsabilité n'est engagée que si le fait est commis, une condition qui n'est pas énoncée au paragraphe 1. Le Président du Groupe de travail indique qu'il n'y a pas eu unanimité sur ce point au sein du Groupe de travail.

7. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les versions révisées des projets d'articles 8 et 16 au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

Protection diplomatique[1] **(A/CN.4/549 et Add.1, sect. F et A/CN.4/546**[2]**)**

[Point 2 de l'ordre du jour]

SIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

8. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter son sixième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/546).

9. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant son sixième rapport, consacré à la doctrine des mains propres, dit que si nul ne peut nier l'importance de cette doctrine en droit international, il incombe à la Commission de décider si elle est liée de manière suffisamment étroite au sujet de la protection diplomatique pour être traitée dans le projet d'articles. La conclusion du Rapporteur spécial, indiquée dans son sixième rapport (par. 18), est que la doctrine des mains propres ne relève pas de manière évidente de la protection diplomatique et qu'elle ne doit donc pas être incluse dans le projet d'articles.

10. On a fait valoir qu'elle devrait l'être parce qu'elle était invoquée dans le contexte de la protection diplomatique afin d'empêcher un État d'exercer sa protection diplomatique si le national qu'il cherche à protéger a subi un préjudice en raison de son propre comportement illicite.

11. Trois arguments principaux sont avancés à l'appui de cette position (par. 3 du rapport). Premièrement, on fait valoir que la doctrine ne relève pas des différends interétatiques, c'est-à-dire ceux qui concernent un préjudice causé directement par un État à un autre, par opposition à un national d'un autre État. Deuxièmement, si l'individu demandant la protection diplomatique a lui-même violé le droit interne de l'État défendeur ou le droit international, l'État de la nationalité ne peut pas le protéger. Troisièmement, on argue que dans un certain nombre d'affaires, la doctrine des mains propres a été appliquée en matière de protection diplomatique.

12. En ce qui concerne le premier argument, la CIJ ne donne pas vraiment d'indication parce qu'aucune de ses décisions ne pose que cette doctrine s'applique en cas de réclamation formulée par un État pour préjudice direct ou indirect. Le fait est cependant que la doctrine des mains propres a très fréquemment été invoquée dans le contexte des réclamations interétatiques pour préjudice direct. Plusieurs affaires sont à cet égard citées au paragraphe 5 du sixième rapport. Dans aucune de ces affaires, la Cour n'a déclaré que l'argument fondé sur la doctrine des mains propres n'était pas pertinent; elle a toujours jugé que cette doctrine était inapplicable pour une raison sans rapport avec l'affaire. Dans la procédure consultative sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, dans laquelle Israël faisait valoir que la Palestine n'avait qu'à s'en prendre à elle-même pour l'édification du mur compte tenu de la responsabilité qui était la sienne dans les actes de violence commis contre Israël, la Cour a jugé que cet argument était dénué de pertinence parce qu'elle rendait un avis consultatif, et non un arrêt dans une procédure contentieuse [par. 63 et 64 de l'arrêt]. Dans l'affaire des *Plates-formes pétrolières*, les États-Unis d'Amérique avaient invoqué la doctrine des mains propres contre la République islamique d'Iran, tandis que cette dernière avait fait valoir que cette doctrine ne s'appliquait qu'en matière de protection diplomatique. La Cour a rejeté l'argument des États-Unis compte tenu des faits, mais n'a fait aucun commentaire sur l'argument de la République islamique d'Iran selon lequel la doctrine des mains propres ne s'appliquait qu'en matière de protection diplomatique.

13. Dans les affaires *LaGrand* [par. 61 à 63 de l'arrêt] et *Avena et autres ressortissants mexicains* [par. 45 de l'arrêt], dans lesquelles les États-Unis avaient opposé à l'Allemagne et au Mexique le traitement accordé par ces deux pays aux étrangers en matière pénale, la Cour a jugé que cet argument n'était pas pertinent. Dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, la Cour a estimé que les deux parties n'avaient pas les mains propres mais que cela n'affectait pas la situation juridique [par. 133]. Dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, une affaire interétatique avec des connotations de protection diplomatique, la Belgique a fait valoir que la République démocratique du Congo n'avait pas les mains propres en ce que son Ministre des affaires étrangères avait incité certains segments de la communauté à commettre un génocide. La Cour n'a pas fait de commentaires, mais dans son opinion dissidente, M^me^ Van den Wyngaert, juge ad hoc, a estimé que « le Congo n'avait pas les mains propres lorsqu'il s'est présenté devant la Cour » [par. 35]. Cette affaire semble apparentée à une affaire de protection diplomatique en ce que la République démocratique du Congo cherchait à protéger son ministre qui était en même temps son national. La Cour a estimé que le comportement de l'individu en cause, aussi blâmable soit-il, était dénué de pertinence [par. 55 à 71]. Dans l'affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci*, les États-Unis ont fait valoir que le Nicaragua n'avait pas les mains propres [par. 89 à 98 de l'arrêt]. La Cour ne s'est pas prononcée sur ce point, même si, dans son opinion dissidente, le juge Schwebel a estimé que le Nicaragua n'avait pas les mains propres dans un différend interétatique [par. 268]. Dans les affaires concernant la *Licéité de l'emploi de la force*, plusieurs défendeurs ont fait valoir que la République fédérale de Yougoslavie n'avait pas les mains propres. La Cour a toutefois jugé qu'elle n'était pas compétente et elle ne s'est donc pas prononcée sur ce point.

14. Ce bref tour d'horizon de la jurisprudence de la CIJ montre que la doctrine des mains propres est souvent invoquée dans les différends interétatiques concernant un préjudice direct causé à un État. La Cour ne s'est fondée sur cette doctrine ni ne l'a confirmée dans aucune affaire, mais dans aucune affaire elle n'a déclaré ni suggéré que cette doctrine était inapplicable dans le cadre des réclamations interétatiques et qu'elle ne s'appliquait qu'en matière de protection diplomatique.

15. S'agissant de l'argument selon lequel la doctrine des mains propres ne s'applique qu'en matière de protection diplomatique et selon lequel l'État de nationalité

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 19 et les commentaires y relatifs adoptés en première lecture par la Commission à sa cinquante-sixième session, voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2^e^ partie), chap. IV, sect. C.

[2] Reproduit dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1^re^ partie).

ne peut protéger son national qui a commis une infraction à l'étranger, le Rapporteur spécial note que l'État de nationalité protégera rarement un de ses nationaux qui a contrevenu à la loi dans un État étranger parce que dans la plupart des cas aucun fait internationalement illicite n'aura été commis. Si un national se rend coupable d'une fraude et est emprisonné à l'issue d'un procès équitable, il n'y a aucune violation du droit international et l'État de nationalité n'exercera pas sa protection diplomatique; en ce sens, il est exact que la doctrine des mains propres sert à faire obstacle à l'exercice de la protection diplomatique. Si, par contre, le national est emprisonné pour une infraction et est soumis à la torture ou se voit refuser un procès équitable, un fait internationalement illicite a alors été commis et son comportement est dans ce cas dénué de pertinence: l'État défendeur ne peut l'invoquer comme moyen de défense en cas de réclamation pour des actes de torture.

16. Dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, par exemple, les étrangers avaient commis des crimes atroces mais les États-Unis n'ont pas invoqué leur comportement pour se défendre de l'accusation de ne pas leur avoir permis d'entrer en contact avec leurs autorités consulaires. Dès lors qu'un État prend fait et cause pour un de ses nationaux en relation avec une violation du droit international, la réclamation devient celle de l'État, conformément à la fiction de Vattel introduite dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, et le comportement délictueux du national cesse d'être pertinent; seul le fait illicite de l'État plaignant lui-même pourrait le devenir.

17. Il y a relativement peu d'affaires dans lesquelles la doctrine des mains propres a été jugée applicable dans le contexte de la protection diplomatique et, après analyse, elles ne justifient pas l'inclusion de cette doctrine dans le projet d'articles. Dans l'arbitrage *Ben Tillett*, une affaire dans laquelle la Belgique avait expulsé un militant syndical britannique, le tribunal arbitral a jugé que la Belgique avait agi correctement (voir le paragraphe 12 du rapport). La question de savoir si M. Tillett avait les mains propres n'a pas été soulevée. Dans l'affaire du *Virginius*, citée au paragraphe 13 du rapport, l'Espagne a reconnu qu'elle avait commis un fait international illicite en exécutant des nationaux des États-Unis et du Royaume-Uni et elle a versé une indemnisation à ces États; le fait que ces nationaux avaient soutenu des rebelles n'a pas été jugé pertinent. Bien que certains auteurs n'en soutiennent pas moins que la doctrine relève de la protection diplomatique, ils ne présentent aucun argument crédible à l'appui de leur position; et de nombreux autres, dont Salmon et Rousseau, sont extrêmement sceptiques à cet égard.

18. Durant l'examen du sixième rapport du Rapporteur spécial à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-neuvième session, la plupart des délégations n'ont fait aucune observation sur la doctrine des mains propres et celles qui en ont fait sont convenues que cette doctrine ne devait pas être incluse dans le projet d'articles sur la protection diplomatique (A/CN.4/549, par. 127 et 128). Une seule délégation, celle du Népal, a fait une déclaration susceptible d'être interprétée comme favorable à l'inclusion de cette doctrine[3].

19. En conclusion, le Rapporteur spécial dit que si la question de savoir s'il faut inclure une disposition sur la doctrine des mains propres dans le projet d'articles sur la protection diplomatique est à n'en pas douter importante et appelle une réponse exhaustive, il a conclu après un examen approfondi que la doctrine en question n'avait pas sa place dans le projet d'articles sur la protection diplomatique.

20. M. ADDO dit qu'ayant examiné les arguments pour et contre l'applicabilité de la doctrine des mains propres dans le contexte de la protection diplomatique exposés dans le rapport du Rapporteur spécial, il convient que l'inclusion de cette doctrine dans le projet d'articles n'est pas suffisamment justifiée. Bien que des arguments reposant sur la doctrine des mains propres aient régulièrement été formulés dans des différends interétatiques devant la CIJ, aucun de ces arguments n'a jamais été retenu. L'inclusion d'une disposition relative à cette doctrine dans le projet ne relèverait donc pas de la codification, et elle ne pourrait être justifiée dans le cadre du développement progressif du droit international.

21. M. PELLET dit qu'il croit avoir décelé une note d'irritation dans la présentation que le Rapporteur spécial a faite de son sixième rapport. À l'évidence, le Rapporteur spécial estime que l'élaboration de ce rapport a constitué pour lui un pensum inutile. Pour M. Pellet, il n'en est rien, et il remercie le Rapporteur spécial d'avoir répondu sans ambiguïté à la question sur laquelle il avait lui-même insisté à la session précédente, celle de savoir si l'absence de « mains propres » peut paralyser l'exercice de la protection diplomatique, de la même manière que le non-épuisement des recours internes ou le fait que l'État voulant exercer sa protection n'est pas l'État de nationalité. Après avoir lu le sixième rapport du Rapporteur spécial, il est prêt à concéder qu'il avait tort de penser que les mains propres pouvaient constituer une condition d'exercice de la protection diplomatique. Bien qu'il y ait des divergences d'opinions en doctrine et que la pratique de la CIJ ne soit pas totalement concluante, l'analyse que fait le Rapporteur spécial des affaires *Ben Tillett*, *Clark Claim* et du *Virginius* (par. 11 à 15) est convaincante, et démontre que les partisans de la doctrine des mains propres n'avancent pas de raisons décisives à l'appui de leur thèse, qui relève ainsi du développement progressif du droit international et non de sa codification.

22. M. Pellet n'est toutefois pas entièrement convaincu par les deux arguments avancés aux paragraphes 8 et 9 du rapport même si, pris ensemble, ils justifient effectivement la décision du Rapporteur spécial de ne pas contribuer au développement progressif du droit international à cet égard. S'agissant du premier de ces arguments, il n'est pas convaincu qu'il soit exact de dire, comme le fait le Rapporteur spécial au paragraphe 8, qu'une fois qu'un différend revêt le caractère d'un différend entre États, le comportement antérieur de l'individu en cause n'a plus aucune importance. Cela ne va absolument pas de soi. M. Pellet indique que s'il n'entend pas, au stade actuel, remettre en cause le caractère sacrosaint de la fiction sur laquelle repose le principe *Mavrommatis*, la Commission ne doit pas faire dire à ce principe plus que ce qu'il dit effectivement. S'il est exact qu'il aboutit à une sorte de « transsubstantiation » du préjudice initialement causé

[3] *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-neuvième session*, 24e séance (A/C.6/59/SR.24), par. 44.

à un individu par un fait internationalement illicite d'un État, le facteur déclenchant la protection diplomatique n'en demeure pas moins, et il n'y a rien d'intrinsèquement incongru à considérer que le fait pour l'individu d'avoir les mains propres peut constituer une condition d'exercice de la protection diplomatique; tout comme l'épuisement des recours internes est une condition qui s'impose à l'individu, et non à l'État qui exerce sa protection diplomatique.

23. Le second argument avancé par le Rapporteur spécial à la lumière des affaires *LaGrand* et *Avena* est que si l'individu commet un fait illicite dans l'État hôte et qu'il est jugé et condamné dans le respect de la légalité, il n'y a pas fait internationalement illicite et la doctrine des mains propres est sans objet. Une telle conception de la doctrine des mains propres est bien trop vague. Le Rapporteur spécial ne tient compte que de la situation des individus qui n'ont pas les mains propres au regard du droit interne de l'État dont la responsabilité est invoquée, sans prendre en considération la relation entre l'acte illicite commis par l'individu et le fait internationalement illicite de l'État. Le raisonnement du Rapporteur spécial peut se défendre dans les affaires citées, mais il ne constitue pas la considération première s'agissant de la doctrine des mains propres. Pour déterminer si le comportement d'un individu est d'une manière ou d'une autre lié à la protection diplomatique, il est nécessaire de déterminer si l'intéressé jouissant de la protection diplomatique a lui-même été responsable d'une violation de la règle de droit international qu'il accuse l'État de violer, ou, à tout le moins, si la violation dont il est accusé est directement liée au fait internationalement illicite dont l'État est accusé.

24. Si, par exemple, dans l'affaire *LaGrand*, l'individu concerné avait refusé toute forme de communication avec les autorités judiciaires des États-Unis, ou leur avait dissimulé sa nationalité allemande, la question de savoir si l'exigence des mains propres faisait obstacle à l'exercice de sa protection diplomatique par l'Allemagne se serait posée, non en ce qui concerne le meurtre commis par cet individu, qui n'avait absolument aucun rapport avec le fait internationalement illicite allégué, mais en ce qui concerne le refus de communiquer avec les autorités judiciaires ou la dissimulation de sa nationalité allemande, puisqu'il se serait placé, parce qu'il n'aurait pas eu les mains propres, dans une position dans laquelle il ne pouvait prétendre à la protection accordée par la Convention de Vienne de 1963 sur les relations consulaires.

25. Pour prendre un autre exemple, si une société transnationale dissimule une partie de ses bénéfices et est expropriée sans indemnisation, la question des mains propres se poserait parce que l'attitude de la société est directement liée au fait internationalement illicite. Toutefois, bien que le Rapporteur spécial semble penser qu'il en est autrement, il ne suffit pas que l'individu ait simplement violé le droit interne de l'État qui lui a causé un préjudice en commettant un fait internationalement illicite sans lien avec la violation initiale. Ces deux affaires hypothétiques montrent que les exemples choisis par le Rapporteur spécial sont mal choisis. M. Pellet reconnaît toutefois que la conséquence du comportement illicite n'est pas, d'une manière générale, d'empêcher l'exercice de la protection diplomatique mais de faire disparaître le fait internationalement illicite; soit l'exercice de la protection par l'État devient impossible, comme dans l'exemple qu'il a donné sur la base de l'affaire *LaGrand*, soit une autre circonstance exclut tout fait illicite.

26. En d'autres termes, bien que M. Pellet soit prêt à se ranger à la position proposée par le Rapporteur spécial, ce n'est pas pour les raisons simplistes données par ce dernier aux paragraphes 8 et 9 de son rapport, mais pour deux autres raisons. Premièrement, il est convaincu qu'il n'y a pas réellement de précédents en sens contraire, de telle manière qu'en faisant de la doctrine des mains propres une condition de l'exercice de la protection diplomatique, il ne s'agirait pas de codification mais bien de développement progressif du droit international. Deuxièmement, il ne serait guère utile, dans le cas de ce que M. Pellet considère comme la « vraie » doctrine des mains propres, de stipuler à l'avance que l'État de nationalité ne peut exercer sa protection; il suffirait, comme le Rapporteur spécial le dit au paragraphe 16, de déclarer que la doctrine des mains propres doit plutôt être invoquée au stade de l'examen au fond, car elle concerne l'atténuation ou l'exonération de la responsabilité.

27. M. Pellet indique qu'il n'est toujours pas d'accord avec un autre aspect du rapport, même si ce désaccord ne concerne pas la protection diplomatique en tant que telle mais le cadre général des réclamations interétatiques pour un préjudice direct causé à un État par le fait illicite d'un autre État. À cet égard, il estime que les arguments formulés aux paragraphes 5 à 7 et 18 du Rapporteur spécial sont regrettablement ambigus. L'opinion de M. Pellet, qui est rapportée dans l'introduction du rapport, est que la doctrine des mains propres n'a aucun effet sur la recevabilité d'une réclamation interétatique; mais qu'elle peut avoir un effet sur la possibilité d'exercer la protection diplomatique. Les arguments du Rapporteur spécial ont persuadé M. Pellet qu'il s'est trompé sur le second point. Toutefois, sur ce second point, l'argument du Rapporteur spécial est assez faible, car il prend une affirmation ambiguë pour point de départ. Le Rapporteur spécial déclare au paragraphe 5 du rapport qu'il est sans doute – pourquoi « sans doute » – vrai que la théorie des mains propres ne s'applique pas aux différends qui surgissent dans le cadre des relations interétatiques, mais pour faire valoir ensuite que c'est dans ce domaine qu'elle est le plus à sa place, car c'est le domaine dans lequel elle est le plus fréquemment invoquée. Les exemples cités par le Rapporteur spécial sont quelque peu brouillons: par exemple, il cite entre autres les affaires *LaGrand* et *Avena* non seulement à l'appui de la non-applicabilité de la doctrine des mains propres dans les différends surgissant dans les relations interétatiques mais aussi à l'appui de sa non-applicabilité dans le cadre de la protection diplomatique. Or, c'est soit l'un soit l'autre. De plus, tous les exemples montrent quelque chose, à savoir que la doctrine des mains propres concerne le fond d'une affaire et non la recevabilité; soit l'État invoquant cette doctrine l'a fait lorsqu'il a plaidé l'affaire au fond, comme dans l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros*, soit la Cour a jugé que la doctrine ne s'appliquait qu'à l'examen au fond. La doctrine des mains propres, qui découle directement du principe de la bonne foi, ne s'applique donc pas pour ce qui est de la recevabilité des réclamations internationales, mais

bien pour ce qui est du fond, exactement comme dans les affaires de protection diplomatique.

28. Ceci dit, M. Pellet remercie de nouveau le Rapporteur spécial d'avoir bien voulu procéder à un examen qu'il considérait comme futile dès le départ. Cet examen a permis de clarifier une question importante. M. Pellet souligne une nouvelle fois qu'il regrette que les projets d'articles sur la protection diplomatique aient été transmis très prématurément à l'Assemblée générale en première lecture. Bien que ces articles soient dans l'ensemble acceptables en dépit de leur timidité – spécialement en ce qui concerne le principe *Mavrommatis* – le projet ne porte pas sur la protection diplomatique en général, malgré son titre, mais sur un aspect seulement de la protection diplomatique, à savoir les conditions de son exercice. Aucune indication n'est donnée aux États sur des questions comme celle de savoir qui peut exercer la protection, comment elle doit être exercée et les conséquences de son exercice. Par exemple, il n'y a pas d'examen de l'effet de l'exercice de la protection diplomatique sur d'autres procédures internationales ouvertes aux individus lésés. La clause « sans préjudice » qui figure à l'article 17 soulève la question mais, par définition, ne la résout pas. De même, la question de savoir comment évaluer le dommage dans les cas où la protection diplomatique est exercée n'est pas envisagée. Selon la fiction de Vattel, le dommage devrait être évalué sur la base du préjudice subi par l'État mais, en fait, c'est le préjudice subi par l'individu protégé qui est pris en considération pour évaluer l'indemnisation. Il n'aurait pas été inutile d'examiner ce point dans le rapport et d'en traiter dans le projet d'articles.

29. Une autre question qui n'a pas été examinée est le fait que, en vertu de l'article 2 du projet d'articles, seul un État a le droit d'exercer la protection diplomatique et un individu n'a aucun droit effectif d'être indemnisé, même si l'État responsable s'acquitte de ses obligations en matière d'indemnisation. La question de la justification de cette règle aurait assurément dû être posée, en vue de l'abroger ou d'en atténuer les effets dans le cadre du développement progressif du droit international. Une telle règle est difficile à justifier au XXIe siècle, et le fait que cette question fondamentale n'ait pas été traitée est une lacune majeure du projet d'articles.

30. Ces omissions sont particulièrement regrettables compte tenu du souci habituel du Rapporteur spécial de protéger les droits des individus. Le débat sur la doctrine des mains propres est en réalité d'importance secondaire s'agissant du projet d'articles dans son ensemble, mais au moins le Rapporteur spécial l'a examinée: il est extrêmement regrettable qu'il n'ait pas été si ouvert à la discussion sur d'autres aspects plus fondamentaux du sujet que M. Pellet avait soulevés quelque deux années auparavant.

31. M. GAJA rappelle que bien que la doctrine des mains propres ait été examinée dans l'affaire *Barcelona Traction*, la CIJ a tranché la question, fondant sa décision sur d'autres considérations. Il n'a quant à lui jamais été convaincu que la doctrine des mains propres doive s'appliquer en matière de protection diplomatique, car refuser l'exercice de la protection diplomatique sur cette base reviendrait en pratique à exonérer un État de sa responsabilité pour une violation d'une obligation internationale relative au traitement des étrangers. Le paragraphe 16 du rapport semble aller trop loin en suggérant qu'il pourrait y avoir exonération des conséquences de la responsabilité.

32. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il souhaite dissiper un malentendu. M. Pellet a cru comprendre qu'il avait été quelque peu irrité d'avoir à établir un rapport sur la doctrine des mains propres. Tel n'est pas le cas: il considère que l'ensemble de l'exercice a été important et utile et il sait gré à M. Pellet d'avoir insisté pour que la question soit examinée.

33. M. ECONOMIDES dit qu'on ne peut tirer aucune conclusion sur la doctrine des mains propres des affaires *LaGrand* et *Avena*, car cette doctrine ne s'applique pas à l'assistance consulaire, qui est fournie à des individus emprisonnés qui presque tous, par définition, n'ont pas les mains propres. Le point clé en ce qui concerne la protection diplomatique est que c'est l'État qui l'exerce qui décide du montant de l'indemnisation, les individus n'ayant pas leur mot à dire. Par exemple, lorsque certains biens grecs ont été nationalisés, la décision a été une décision politique et les propriétaires de ces biens ont souvent été très insuffisamment indemnisés pour le préjudice subi. Pour le moment, de telles questions sont réglées par le droit interne des États, le droit international en est encore au stade de la fiction *Mavrommatis*, et les individus ne sont toujours pas pleinement protégés. Cette question devrait peut-être être examinée ultérieurement.

34. M. MATHESON dit qu'il approuve la recommandation du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission ne traite pas de la doctrine des mains propres dans le cadre du projet d'articles sur la protection diplomatique. Comme indiqué dans le rapport, cette doctrine a souvent été invoquée dans le cadre de réclamations interétatiques pour préjudice direct, mais elle demeure non résolue et, quoiqu'il en soit, ne relève pas de la protection diplomatique. Quant aux cas qui relèvent de la protection diplomatique, le rapport montre que la pratique n'est pas suffisante pour justifier la codification; et M. Matheson ne pense pas que la Commission doive au stade actuel aller au-delà de la codification.

Déclaration du Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique

35. Le PRÉSIDENT invite M. Nicolas Michel, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, à exposer à la Commission les faits nouveaux intervenus à l'ONU dans le domaine juridique.

36. M. MICHEL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique) dit qu'il est honoré de prendre la parole pour la première fois devant la Commission du droit international en qualité de conseiller juridique pour faire un tour d'horizon des événements et activités liés à ses fonctions. L'Assemblée générale, dans sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, a exprimé ses remerciements à la Commission du droit international pour les travaux accomplis à sa cinquante-sixième session, en particulier pour l'achèvement de la première lecture des projets d'articles sur la protection diplomatique et des projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses. Elle a également approuvé la décision de

la Commission d'inscrire à son ordre du jour les sujets « Expulsion des étrangers » et « Effets des conflits armés sur les traités » et a une nouvelle fois invité les gouvernements à donner des informations à la Commission concernant les projets d'articles sur la protection diplomatique et les commentaires y relatifs et sur les projets de principes relatifs à la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses. À cette fin, le Secrétaire général a adressé des notes verbales aux gouvernements et le Secrétariat communiquera les observations reçues à la Commission avant la deuxième lecture des projets d'articles.

37. Dans la même résolution, l'Assemblée générale a encouragé la Commission à continuer de prendre des mesures d'économie, et le Conseiller juridique est donc convaincu que l'Assemblée se félicitera de la décision de la Commission d'abréger d'une semaine la seconde partie de sa session en cours. Le Secrétariat est en train d'élaborer le budget pour l'exercice 2006-2007 et ne ménagera aucun effort pour faire en sorte que la Commission dispose des ressources nécessaires pour son programme de travail futur, conformément à l'approche définie au paragraphe 735 du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-deuxième session[4]. Il est persuadé que la Commission prendra quant à elle toutes mesures d'économie qui s'imposent à sa prochaine session.

38. Dans sa résolution 59/38, l'Assemblée générale a adopté la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, sur la base du projet d'articles élaboré par la Commission en 1991[5]. Nombre des articles sont demeurés inchangés dans la version finale après des négociations longues et difficiles à la Sixième Commission, ce qui montre que la Commission a su réaliser un équilibre délicat entre les différents points de vue des États. La Convention, qui a été ouverte à la signature le 17 janvier 2005, a déjà été signée par l'Autriche, la Belgique, le Maroc et le Portugal. Elle demeurera ouverte à la signature jusqu'au 17 janvier 2007, et elle entrera en vigueur avec le dépôt du trentième instrument de ratification.

39. Le 13 avril 2005, l'Assemblée générale a adopté par consensus, dans sa résolution 59/290, la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, qui vient utilement compléter les 12 conventions existantes en matière de terrorisme. La Convention encourage les États à collaborer étroitement et les oblige à extrader ou à poursuivre les auteurs d'actes terroristes conformément au principe *aut dedere aut judicare*, que la Commission a inscrit comme sujet d'étude à son programme de travail à long terme. L'adoption de la Convention montre comment l'Assemblée générale peut contribuer efficacement à l'élaboration des normes juridiques internationales, même dans les domaines politiquement les plus délicats. Les États Membres vont maintenant œuvrer à l'élaboration d'un autre instrument juridique important, à savoir une convention globale sur le terrorisme international. Dans son rapport intitulé « Dans une liberté plus grande: développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous », le Secrétaire général a exhorté les dirigeants mondiaux à ne ménager aucun effort pour que la Convention soit adoptée à la soixantième session de l'Assemblée générale[6].

40. Une convention internationale sur le clonage d'êtres humains à des fins de reproduction est inscrite à l'ordre du jour de la Sixième Commission depuis 2001, et a fait l'objet d'âpres controverses entre les États Membres. La Sixième Commission a examiné une proposition de compromis permettant de négocier un instrument international autre qu'une convention, et le 8 mars 2005 l'Assemblée générale a, dans sa résolution 59/280, adopté la Déclaration des Nations Unies sur le clonage des êtres humains. La Déclaration invite les États Membres à interdire toutes les formes de clonage d'êtres humains dans la mesure où elles sont incompatibles avec la dignité humaine et la protection de la vie humaine. L'Assemblée générale a ainsi achevé l'examen du sujet.

41. En matière de justice pénale internationale, par sa résolution 58/318 en date du 13 septembre 2004, l'Assemblée générale a approuvé l'Accord régissant les relations entre l'Organisation des Nations Unies et la Cour pénale internationale, que l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale avait approuvé le 7 septembre 2004. Le Secrétaire général et le Président de la Cour ont signé l'Accord le 4 octobre 2004. Il est entré en vigueur le même jour. Aux termes de cet accord, l'ONU s'engage à coopérer avec la Cour compte dûment tenu de ses responsabilités et compétences telles que définies par la Charte et sous réserve de ses règles. À la demande de la Cour ou du Procureur, l'ONU peut fournir des renseignements et des documents intéressant les travaux de la Cour. Elle peut aussi coopérer avec la Cour et aider celle-ci selon d'autres modalités. L'Accord sur les relations anticipe la conclusion d'accords complémentaires pour donner effet à ses dispositions. Sur la base de tels accords, l'ONU a déjà fourni une importante aide logistique au Procureur, en particulier dans le cadre de ses investigations en République démocratique du Congo. Elle lui a aussi donné accès à des informations et des documents et a facilité l'audition de témoins.

42. S'agissant des procès des Khmers rouges, les travaux se sont poursuivis au cours de l'année écoulée pour mettre en place les arrangements nécessaires en vue de l'entrée en vigueur de l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement royal cambodgien concernant la poursuite, conformément au droit cambodgien, des auteurs des crimes commis durant la période du Kampuchéa démocratique. En décembre 2004, une troisième mission de planification s'est rendue à Phnom Penh pour achever les travaux consistant à déterminer les besoins des Chambres extraordinaires et institutions connexes en termes de personnel, matériel, mobilier et fournitures. Il a été possible d'arrêter, en accord avec le Gouvernement cambodgien, un budget et un tableau d'effectifs complets ainsi que de définir les grandes lignes de deux arrangements auxiliaires prévus dans l'Accord sur la sécurité et les services publics, facilités et services.

43. Le 28 mars 2005, le Secrétaire général a convoqué une conférence pour les annonces de contributions

[4] *Annuaire… 2000*, vol. II (2e partie), p. 138.

[5] *Annuaire… 1991*, vol. II (2e partie), p. 13 à 64.

[6] A/59/2005.

en vue de mobiliser les 43 millions de dollars des États-Unis nécessaires pour financer l'assistance que l'ONU s'est engagée à fournir aux termes de l'Accord. Il a reçu suffisamment de contributions et d'annonces de contributions pour permettre à l'Organisation de s'acquitter de ses obligations pour presque toute la période pendant laquelle les Chambres extraordinaires devraient fonctionner. Le 28 avril 2005, le Secrétaire général a notifié au Gouvernement cambodgien que l'ONU avait satisfait aux conditions juridiques nécessaires pour l'entrée en vigueur de l'Accord. L'Accord est donc entré en vigueur le lendemain, le Cambodge ayant déjà adressé la notification correspondante le 16 novembre 2004. Des mesures sont prises pour nommer les principaux fonctionnaires internationaux afin de pouvoir les affecter rapidement à Phnom Penh. Le Conseiller juridique indique qu'il adressera sous peu une lettre à tous les États pour les inviter à faire des propositions quant aux personnes que le Secrétaire général pourrait nommer juges internationaux, procureur international, juge d'instruction international ou juges de la Chambre de l'instruction.

44. Le dixième anniversaire de l'entrée en vigueur de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer a été célébré en 2004. L'année 2005 a marqué le dixième anniversaire de l'adoption de l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention […] relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (ci-après dénommé Accord sur les stocks de poissons). Il y a maintenant presque 150 parties à la Convention et plus de 50 parties à l'Accord sur les stocks de poissons.

45. Trois questions importantes vont retenir l'attention lors des quelques années suivantes: premièrement, les pêcheries internationales et comment faire face à la pêche illicite, aux pratiques de pêche destructrices et à l'épuisement des stocks de poissons dans de nombreuses régions du monde; deuxièmement, la conservation et l'utilisation durable des ressources biologiques marines se trouvant au-delà de la juridiction nationale; et, troisièmement, la mise en place au niveau mondial d'un mécanisme régulier d'évaluation de l'état du milieu marin et d'élaboration de rapports en la matière, y compris sur les dimensions économiques et sociales du problème. Certains aspects de la première question seront examinés à la sixième réunion du Processus consultatif officieux ouvert à tous sur les océans et le droit de la mer qui doit se tenir en juin 2005. En outre, en application de l'article 36 de l'Accord sur les stocks de poissons, l'Assemblée générale a demandé au Secrétaire général de convoquer une conférence d'examen au premier trimestre de 2006 afin d'évaluer l'efficacité de l'Accord s'agissant de la conservation et de la gestion des stocks de poissons chevauchants et des stocks de poissons hautement migratoires.

46. En ce qui concerne les ressources biologiques marines, l'Assemblée générale a créé un Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale, y compris les activités passées et actuelles de l'Organisation des Nations Unies et d'autres organisations internationales compétentes. Compte tenu des travaux qu'elle mène sur la fragmentation du droit international, la Commission pourrait être particulièrement intéressée par cette question, dont l'étude nécessitera la prise en compte et la conciliation de corpus de droit dans différents secteurs afin de créer un nouveau droit conforme aux principes généraux énoncés dans la Convention.

47. En ce qui concerne la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international (CNUDCI), le Conseiller juridique note que l'année 2005 a marqué deux anniversaires importants: le vingt-cinquième anniversaire de l'adoption de la Convention des Nations Unies sur les contrats de vente internationale de marchandises et le vingtième anniversaire de l'adoption de la Loi type de la CNUDCI sur l'arbitrage commercial international[7]. Des conférences sont organisées dans diverses régions du monde pour célébrer ces anniversaires et examiner la jurisprudence des tribunaux judiciaires et arbitraux découlant de ces textes. En mars 2005, deux conférences visant à marquer ces anniversaires se sont tenues à Vienne. Le principal sujet inscrit à l'ordre du jour de la CNUDCI à sa trente-huitième session, qui doit se tenir à Vienne en juillet 2005, est le parachèvement d'un projet de convention sur l'utilisation des communications électroniques dans les contrats internationaux. Le projet de convention réaffirme le principe de l'équivalence fonctionnelle entre documents imprimés sur support papier et documents électroniques, ainsi qu'entre les méthodes d'authentification électroniques et les signatures manuscrites. Il établit des règles uniformes régissant les questions contractuelles de fond lorsque cela est nécessaire afin d'assurer l'efficacité des communications électroniques. Il faut espérer que le projet de convention facilitera l'utilisation des communications électroniques échangées en relation avec les contrats régis par d'autres instruments internationaux, dont certains créent actuellement des obstacles juridiques au commerce électronique.

48. Parmi les activités menées par la Section des traités en vue de promouvoir une plus grande participation aux traités, des événements ont été organisés parallèlement au segment de haut niveau de l'Assemblée générale. En septembre 2004, dans le cadre de la cérémonie de signature et de dépôt des traités, le Thème 2004: traités sur la protection des civils a abouti à 101 actions conventionnelles par 34 États. Le Thème 2005: faire face aux défis mondiaux devrait se tenir du 13 au 16 septembre 2005 à l'occasion de la réunion plénière de haut niveau de la soixantième session de l'Assemblée générale. En préparation du Thème 2005, une table ronde réunissant des experts de haut niveau doit se réunir le 9 juin 2005 sur le sujet, Le terrorisme: un défi lancé à la société civilisée. Depuis et y compris le Sommet du Millénaire, 927 formalités ont été entreprises (signatures, ratifications, adhésions, acceptations, objection ou retrait de réserves)[8].

---

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarantième session, Supplément no 17* (A/40/17), « Rapport de la Commission des Nations Unies pour le droit commercial international sur les travaux de sa dix-huitième session », annexe I, p. 86.

[8] La liste des événements, les publications et les rapports publiés en marge des cérémonies des traités sont disponibles en anglais et en français sur le site Internet du *Recueil des Traités* des Nations Unies (http://treaties.un.org/).

49. Pour ce qui est des autres activités susceptibles d'intéresser la Commission, le Conseiller juridique rappelle qu'une fonction importante du mandat du Bureau des affaires juridiques est d'organiser des cours et des séminaires, d'élaborer des publications et de tenir à jour de nombreux sites web consacrés au droit international. La Division de la codification, en coopération avec l'Institut des Nations Unies pour la formation et la recherche (UNITAR), a continué à organiser des cours et des séminaires à l'intention de jeunes cadres, de fonctionnaires et d'enseignants en droit international, originaires en particulier de pays en développement. Les cours ont eu lieu à La Haye, parallèlement aux cours de l'Académie de La Haye, afin de permettre aux participants de profiter de ces derniers. Un autre élément du programme est l'organisation de cours régionaux, qui a été facilitée ces dernières années par des mesures d'économie prises par le Programme international de bourses et grâce à des contributions fournies par certains États, en particulier ceux qui ont accepté d'accueillir ces cours. Des négociations se déroulent actuellement en vue d'organiser, en coopération avec l'UNITAR, un cours en Thaïlande à l'intention des pays d'Asie du Sud-Est. Le Séminaire de droit international organisé à l'occasion de la session de la Commission se tiendra du 11 au 29 juillet 2005 et réunira 24 participants.

50. La Division des affaires maritimes et du droit de la mer a organisé deux cours de formation à l'intention des pays en développement sur le sujet très actuel de la définition des limites du plateau continental. Le premier cours a été organisé à Fidji à l'intention des pays en développement du Pacifique Sud et d'Asie orientale, et le second à Sri Lanka à l'intention des pays de la région de l'océan Indien. Des cours similaires sont prévus en décembre 2005 au Ghana, à l'intention des pays de la région d'Afrique de l'Ouest, et au début de 2006 à l'intention des pays d'Amérique latine et des Caraïbes. Ces cours portent sur les aspects scientifiques et juridiques de l'application de l'article 76 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Des cours sur le droit des traités et la pratique conventionnelle sont également proposés deux fois par an au Siège de l'ONU. Des séminaires régionaux ont été organisés en 2004 pour la Communauté des Caraïbes (CARICOM) et au Viet Nam pour plus de 100 fonctionnaires de ministères de divers pays.

51. En ce qui concerne les publications, le volume de l'*Annuaire juridique des Nations Unies* de 1998 sera publié en octobre 2005, et les volumes des années 1999, 2000 et 2001 ont déjà été édités et sont en cours de publication. Un certain nombre de volumes de l'*Annuaire de la Commission du droit international*, couvrant les années 1993 à 2000, ont été publiés en arabe, anglais, chinois, espagnol, français et russe. La Commission a déjà reçu les publications les plus récentes préparées par la Division de la codification, en particulier la version anglaise de la deuxième édition de la publication intitulée *International Instruments related to the Prevention and Suppression of International Terrorism*, la version française devant être publiée prochainement; le volume XXIII du *Recueil des sentences arbitrales*; et la sixième édition de la publication intitulée *La Commission du droit international et son œuvre* en anglais, espagnol et français. Les autres versions linguistiques sont encore en traduction. La Division des affaires maritimes et du droit de la mer achève de mettre au point une nouvelle publication sur le règlement des différends, intitulée *Digest of International Cases of the Law of the Sea*. Pour aider les États à présenter leurs propositions à la Commission des limites du plateau continental, la Division a élaboré un manuel sur l'élaboration de ces propositions. La Section des traités a préparé des publications thématiques passant en revue les traités d'un intérêt particulier pour les activités en cours de l'Assemblée générale.

52. Dans le cadre du Projet relatif à la technologie de l'information lancé par le Bureau des affaires juridiques, plusieurs publications juridiques de l'ONU seront numérisées et pourront être consultées sur Internet. Plusieurs volumes du *Répertoire de la pratique des organes de l'Organisation des Nations Unies* sont déjà disponibles sur Internet, et des travaux ont aussi été entrepris en ce qui concerne l'*Annuaire de la Commission du droit international*, dont les versions anglaise et française ont déjà été numérisées dans leur intégralité. La numérisation de l'*Annuaire juridique des Nations Unies* et d'autres publications a bien progressé. Le Bureau des affaires juridiques maintient également un certain nombre de sites Internet consacrés aux domaines dont il a la responsabilité et dont il espère qu'ils fournissent aux membres de la Commission des informations utiles pour leur travail. Le Conseiller juridique se réjouit par ailleurs d'indiquer que le Secrétariat a l'intention d'organiser des présentations sur l'utilisation de la version électronique de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

53. Le Conseiller juridique indique qu'ayant achevé la partie officielle de sa déclaration, et prenant la parole pour la première fois devant la Commission en sa qualité de conseiller juridique, il souhaite conclure en faisant part à la Commission de ses vues personnelles sur les défis majeurs auxquels est confronté le droit international. Premièrement, l'expérience qu'il a acquise durant les mois qui ont précédé l'oblige à mentionner le débat complexe qui a lieu sur la nature et le rôle du droit international. Le droit international comprend un ensemble de règles obligatoires, et pas seulement une série d'engagements politiques. Il doit être perçu comme un facteur décisif dans les relations internationales et pas simplement comme un instrument parmi d'autres qui détermine les relations internationales, que l'on invoquerait lorsque cela est utile et que l'on ignorerait lorsqu'il ne correspond pas aux intérêts nationaux.

54. Le deuxième défi consiste à assurer le respect de l'état de droit, et cela doit être considéré comme une priorité par les États et les organisations internationales, en particulier l'ONU, dans leurs activités visant à amener l'avènement d'une communauté internationale plus juste et plus pacifique. Le Conseiller juridique déclare qu'il songe en particulier à l'état de droit au sein de la communauté internationale dans son ensemble, et à cet égard, il rappelle la série de réformes proposées dans le rapport du Secrétaire général intitulé «Dans une liberté plus grande: développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous»[9], et le rapport du Secrétaire général d'août 2004 «Rétablissement de l'état de droit et

[9] A/59/2005.

l'administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit »[10].

55. Le troisième défi consiste à assurer l'application effective du droit international, ce pourquoi il faut accorder une attention particulière aux mécanismes internationaux et internes d'application de ce droit. À cet égard, les parlements ont un rôle essentiel à jouer par l'adoption de mesures législatives donnant effet aux obligations internationales des États. L'ONU peut et doit faire des efforts particuliers pour fournir aux États, à leur demande, l'assistance voulue. Les tribunaux internes doivent aussi jouer leur rôle dans ce domaine.

56. Le PRÉSIDENT remercie le Conseiller juridique de l'exposé précieux qu'il vient de faire sur les faits nouveaux intervenus dans le domaine juridique au sein de l'ONU au cours de l'année écoulée et invite les membres à faire des observations ou à poser des questions.

57. M. GALICKI dit que tous les juristes internationaux se réjouissent qu'après de longues négociations, la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire ait récemment été adoptée. Le Secrétaire général a exhorté les États à poursuivre leurs efforts pour mener à bien une autre entreprise de longue haleine, à savoir l'adoption d'une convention générale sur le terrorisme international. Les obstacles à l'achèvement de cette entreprise sont bien connus mais le problème est important parce que d'autres organes, régionaux, qui s'occupent du terrorisme international, comme le Conseil de l'Europe, ne peuvent poursuivre leurs travaux tant que le Comité spécial sur le terrorisme n'a pas achevé les siens. M. Galicki souhaiterait donc savoir quelles sont les chances, selon le Conseiller juridique, d'achever les travaux d'élaboration de la convention générale sur le terrorisme international.

58. Mme ESCARAMEIA relève que le Conseiller juridique n'a pas mentionné le rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement[11]. Certains sujets abordés dans ce rapport, par exemple le terrorisme et la responsabilité de protéger, touchent le droit international. Elle demande comment les négociations entre les États progressent et s'il est prévu que la Sixième Commission participe aux futurs travaux dans ce domaine. Elle souhaiterait aussi obtenir davantage d'informations sur les présentations qui doivent avoir lieu sur l'utilisation de la version électronique de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

59. M. Sreenivasa RAO dit qu'un sujet extrêmement important mentionné par le Conseiller juridique est celui de l'élaboration d'une convention générale sur le terrorisme international. Suite aux événements du 11 septembre 2001, des progrès considérables ont été réalisés et seules trois dispositions ont été laissées en suspens faute d'accord sur l'article 18 et sur l'article concernant les relations entre la convention et d'autres instruments[12].

60. L'article 18 pose des problèmes fondamentaux comme ceux du droit humanitaire, du rôle de l'institution militaire et du rôle des forces armées dans les territoires occupés. D'autres conventions sur le terrorisme adoptées sous les auspices de l'ONU ont essayé d'éviter de prendre des positions bien arrêtées ou de régler des problèmes qui doivent l'être dans un cadre politique plus large. Les formules actuellement proposées ne tiennent pas compte de cette nécessité. Toutefois, le succès des négociations sur la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire dans un esprit de bonne volonté et de bon sens semble bien augurer de l'achèvement des travaux sur le projet de convention générale sur le terrorisme international[13], et M. Rao aimerait connaître l'avis du Conseiller juridique sur les chances de voir ces travaux couronnés de succès.

61. M. KOSKENNIEMI dit que le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international achèvera ses travaux en 2006[14], selon toute probabilité sous la forme d'un rapport exhaustif sur la question, accompagné de directives ou recommandations. Depuis que la Commission est saisie du sujet, une incertitude considérable persiste quant à son contenu. Comme le montrent les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission sur les travaux de la CDI (A/CN.4/549 et Add.1), les délégations ne sont pas toujours sûres de la direction que prennent ces travaux. On a proposé au sein du Groupe d'étude ainsi que lors de la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale que les résultats des travaux du Groupe d'étude soient diffusés aussi largement que possible et une proposition plus précise a été faite tendant à ce que le Bureau des affaires juridiques organise des journées d'études ou un séminaire sur la question en 2006, peut-être à la Sixième Commission, pour expliquer le contenu du sujet aux délégations dans un cadre informel. M. Koskenniemi demande si le Bureau des affaires juridiques est prêt à contribuer à l'organisation d'un tel événement.

62. M. PELLET dit que la présence du Conseiller juridique est une bonne occasion pour rendre hommage au Secrétariat pour les services qu'il rend s'agissant non seulement d'assurer le fonctionnement sans heurt de la Commission, mais aussi de contribuer au développement du droit international en général. Il note les excellentes études réalisées par le Secrétariat sur des questions comme la responsabilité, les effets des conflits armés sur les traités et l'obligation de protection dans le contexte des catastrophes naturelles, études qui toutes ont été extrêmement utiles à la Commission. Les juristes internationaux sont aussi extrêmement reconnaissants au Bureau des affaires juridiques et à la Division de la codification pour leurs publications, comme le *Recueil des sentences arbitrales*, qui est constamment utilisé. Il est néanmoins regrettable que les volumes les plus anciens soient épuisés, et M. Pellet demande s'ils ne pourraient pas être réimprimés. Il est

[10] S/2004/616.

[11] A/59/565.

[12] Voir à cet égard, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément no 37* (A/57/37), annexes I à III, et annexe IV pour les textes concernant l'article 18. Pour la suite des travaux sur le projet de convention générale, voir les rapports du Comité spécial créé par la résolution 51/210 de l'Assemblée générale en date du 17 décembre 1996 aux cinquante-huitième, cinquante-neuvième et soixantième sesssions de l'Assemblée générale (A/58/37 et Corr.1, A/59/37, A/60/37).

[13] Ibid., *soixantième session, Supplément no 37* (A/60/37), chap. II et III, annexe I, par. 24 à 29 et annexe II, sect. A.

[14] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. X, par. 302.

aussi absolument essentiel que le *Répertoire de la pratique des organes de l'Organisation des Nations Unies* soit disponible en ligne, et M. Pellet espère vivement que ce projet se poursuivra et qu'il sera achevé dans l'intérêt des chercheurs et des praticiens du droit international. S'il se réjouit que le Bureau des affaires juridiques ait mis un nombre croissant de documents sur Internet, ceci ne signifie pas que l'on peut faire l'économie des publications imprimées. Il est très regrettable que les volumes de l'*Annuaire de la Commission du droit international* soient publiés avec un tel retard; en particulier, le retard énorme dans la publication du volume II (1re partie) qui contient les rapports des Rapporteurs spéciaux, devient totalement inacceptable.

63. M. Pellet souligne qu'ainsi qu'il l'a fait observer à la session précédente, il est aussi totalement inacceptable qu'alors que les membres de la Commission ont accès gratuitement en ligne au *Recueil des Traités* des Nations Unies, les chercheurs et les doctorants doivent payer pour accéder à un service public international. Il demande instamment au Conseiller juridique de reconsidérer une décision qui a été prise sans penser à ses implications. Le droit n'est pas un produit comme un autre.

64. En sa qualité de Rapporteur spécial pour le sujet des réserves aux traités, M. Pellet espère qu'en 2006 un séminaire mixte pourra être organisé avec la participation de la Commission et des organes chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme et que l'on pourra trouver des modalités pour mener à bien cette entreprise qui présente un intérêt aussi bien pour le droit international général que pour le droit international des droits de l'homme.

65. M. MANSFIELD note que le Conseiller juridique a évoqué un Groupe de travail spécial officieux à composition non limitée chargé d'étudier les questions relatives à la conservation et l'exploitation durable de la biodiversité marine dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale, une question susceptible d'intéresser la Commission parce qu'il importe de coordonner les différentes branches du droit et parce qu'elle intéresse la fragmentation, outre qu'il faudra harmoniser différents éléments du droit international. Il demande au Conseiller juridique de développer ces observations et d'indiquer les progrès réalisés dans la coordination des travaux des divers organes internationaux s'occupant des océans. Ces activités n'ont pas été adéquatement coordonnées par le passé parce que ces organes travaillaient dans des domaines différents, dont certains échappent à l'autorité du Secrétaire général lui-même. Le Bureau des affaires juridiques a, par l'intermédiaire de la Division des affaires maritimes et du droit de la mer, un rôle clé à jouer, mais un haut niveau de coordination est nécessaire, et il se demande si le Conseiller juridique pourrait jouer personnellement un rôle à cet égard.

66. M. MICHEL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique) remercie les membres de la Commission pour leurs observations positives et se réjouit que la possibilité lui soit donnée d'examiner les domaines dans lesquels des progrès peuvent être réalisés.

67. Comme la Commission, il se félicite de l'aboutissement des négociations sur la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire; l'expérience acquise à cette occasion pourra être utile au succès des travaux sur le projet de convention générale. Il est toutefois important d'éviter les fausses analogies, parce qu'il existe des différences majeures entre les deux instruments du point de vue tant du sujet que du contexte politique. Le succès des travaux sur la Convention internationale pour la répression des actes de terrorisme nucléaire s'explique par diverses raisons: la qualité du travail accompli, en particulier par le Coordonnateur, l'existence d'un accord universel sur l'étendue du danger et aussi, peut-être, le désir non exprimé de nombreuses délégations de prouver que les mécanismes normatifs ordinaires de l'ONU sont en mesure de fonctionner. De fait, la Sixième Commission et ses organes subsidiaires ont abouti à des résultats dans un domaine politiquement délicat, illustrant ainsi le rôle et la responsabilité de l'Assemblée générale à cet égard. Le Conseil de sécurité a récemment adopté des dispositions qui ont été perçues par la Sixième Commission et ses organes subsidiaires, ainsi que par l'Assemblée générale, comme l'expression d'une activité normative de très vaste portée.

68. Des considérations similaires valent en ce qui concerne le projet de convention générale, mais seulement dans une certaine mesure. En adoptant la Convention pour la répression des actes de terrorisme nucléaire, les participants ont montré que le processus n'était plus totalement dans l'impasse et apporté un démenti à l'opinion conventionnelle selon laquelle aucun progrès ne peut être réalisé tant que certaines questions politiques urgentes n'ont pas été réglées. Ainsi, un élan a été donné, même s'il faut se garder d'être trop optimiste en ce qui concerne le projet de convention générale. Il y a toujours d'importants obstacles quant au fond ou en ce qui concerne le climat général des négociations. Il est malheureux que le débat politique se soit parfois arrêté sur des problèmes qui ne sont pas vraiment pertinents. M. Sreenivasa Rao a appelé l'attention sur les obstacles qui devaient encore être surmontés. Il faut espérer qu'à la réunion plénière de haut niveau de septembre 2005, les chefs d'État manifesteront la volonté politique nécessaire pour avancer. Dans l'intervalle, le Bureau des affaires juridiques fera tout son possible pour favoriser un résultat positif. Le rapport oral présenté par le coordonnateur des négociations, M. Díaz Paniagua, a utilement décrit l'état des négociations et les questions en suspens et il figure dans le rapport du Comité spécial[15]. Les deux conventions sont des instruments de droit pénal qui visent à interdire, prévenir et réprimer certains comportements en créant des règles de droit pénal, et elles n'ont pas pour objet de prononcer une condamnation politique générale du terrorisme. Comme la Commission, le Conseiller juridique espère vivement que les travaux pourront être achevés durant la soixantième session de l'Assemblée générale.

69. Pour ce qui est des observations de Mme Escarameia sur les travaux du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement, les principaux aspects des activités de suivi du Secrétariat sont exposés dans le rapport du Secrétaire général intitulé « Dans une

[15] *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément nº 37* (A/60/37).

liberté plus grande »[16]; il incombe maintenant à l'Assemblée générale de mener ses travaux conformément à la méthodologie établie par son Président, afin que les diverses questions puissent être examinées de manière plus approfondie avant le débat à l'Assemblée générale elle-même. Ainsi, en suivant les travaux de l'Assemblée générale, il sera possible de voir quelles questions soulevées dans le rapport du Groupe de personnalités de haut niveau et reflétées dans celui du Secrétaire général ont par la suite fait l'objet d'un débat à l'Assemblée. En ce qui concerne plus particulièrement le terrorisme, le Conseiller juridique indique qu'il n'a rien à ajouter à ce qu'il a déjà dit au sujet des travaux menés à la Sixième Commission et au Comité spécial sur le terrorisme.

70. La proposition tendant à l'adoption de directives sur le recours à la force a été indirectement évoquée. M. Michel indique qu'il ne souhaite pas préjuger le résultat final des débats en cours sur le sujet mais qu'on semble estimer généralement qu'il n'est pas du tout certain que de telles directives seront adoptées. Les débats en question contribuent à éclaircir la notion d'« obligation de protection ». Jusqu'alors, la question a été posée dans un contexte politique si délicat que les réactions ont été dans une large mesure motivées par des perceptions instinctivement positives ou négatives; un examen rationnel et approfondi des notions serait le bienvenu, ne serait-ce que pour éviter que s'enracine l'idée que la notion d'obligation de protéger aboutira automatiquement à la reconnaissance d'un nouveau critère de licéité du recours à la force, critère qui viendrait s'ajouter à ceux énoncés dans la Charte des Nations Unies.

71. Une présentation sur l'accès aux versions électroniques de l'*Annuaire de la Commission du droit international* et d'autres sources de documentation sera organisée la semaine suivante.

72. Quant aux observations de M. Koskenniemi, le Conseiller juridique sait par expérience que les séminaires organisés au Siège de l'ONU avec la participation d'universitaires, de fonctionnaires de l'ONU et de représentants des organisations non gouvernementales sont un excellent moyen de réfléchir sur les problèmes qui méritent l'attention de la communauté internationale. Il est donc ouvert à la proposition de M. Koskenniemi et est prêt à examiner avec lui comment lui donner une forme concrète. Un peu d'imagination et la recherche de partenaires potentiels devraient permettre de trouver les fonds nécessaires pour organiser de telles activités. M. Michel ne voudrait pas que des problèmes financiers entravent indûment les progrès dans le domaine du droit international, et il accordera à cette question toute l'attention voulue dans le cadre de ses activités futures. Si l'état de droit est réellement une priorité pour la communauté internationale, un engagement financier correspondant est nécessaire.

73. Le Conseiller juridique remercie M. Pellet pour les éloges qu'il a adressés au Secrétariat. Il est fier de la qualité du travail de ce dernier. En ce qui concerne la réimpression des volumes épuisés, il espère qu'avec l'introduction des nouvelles technologies de l'information, les documents épuisés pourront être disponibles sur les sites Internet. Il partage la préoccupation de M. Pellet en ce qui concerne le retard dans les publications. Il essaie de trouver une solution à la question de l'accès Internet, même si, la question échappant à son contrôle, il se doit d'être prudent quant au résultat. Il prend note de la proposition tendant à l'organisation d'un séminaire mixte auquel participerait la CDI et les organes de surveillance de l'application des traités relatifs aux droits de l'homme et remercie tous ceux qui font des propositions en ce sens.

74. Sur la question soulevée par M. Mansfield en ce qui concerne la fragmentation, le Conseiller juridique déclare qu'il s'agit d'un domaine avec lequel il n'est pas encore familier. Il a noté avec intérêt que des collègues qui connaissent bien le sujet ont souligné l'importance du droit de la mer s'agissant de la fragmentation. Durant les mois écoulés, il a appris que les ressources réservées pour la coordination sont manifestement insuffisantes. Tout doit être fait pour obtenir les fonds nécessaires, mais il faut aussi accorder davantage d'attention à la coordination des ressources actuellement disponibles, et pas seulement dans le domaine du droit de la mer. Chaque année, deux réunions d'experts juridiques ont lieu, l'une pour les fonds, programmes et départements de l'ONU, et une autre pour les diverses entités du système. Le Bureau des affaires juridiques au Siège doit œuvrer à l'amélioration de toutes les activités de coordination. M. Michel ne se fait pas d'illusions au stade actuel: le système est compliqué et lourd, et les diverses entités ont leurs propres règles, mais on peut faire beaucoup avec de la bonne foi. La présentation d'un rapport du Groupe d'étude par son président à New York, qui a relevé que la fragmentation institutionnelle n'avait pas été envisagée, a rappelé à M. Michel le problème de la fragmentation[17]. Ainsi, la question continue de retenir l'attention. Si, pour des raisons compréhensibles, le Groupe d'étude ne peut l'examiner, il faut trouver les moyens de surmonter les obstacles majeurs dans ce domaine. Si M. Michel n'est pas très optimiste quant aux résultats à court terme, à plus long terme, le problème ne peut être méconnu: il en va de la crédibilité et de l'efficacité du système.

75. Le PRÉSIDENT remercie le Conseiller juridique pour ses observations et ses éclaircissements.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

76. M. MANSFIELD (Président du Comité de rédaction) annonce que le Comité de rédaction sur la responsabilité des organisations internationales sera composé comme suit: M. Comissário Afonso, M. Chee, Mme Escarameia, M. Economides, M. Gaja (Rapporteur spécial), M. Kolodkin, M. Matheson, M. Sreenivasa Rao, Mme Xue, M. Yamada et M. Niehaus (Rapporteur, ès qualité).

La séance est levée à 13 heures.

[16] A/59/2005.

[*] Reprise des débats de la 2840e séance.

[17] Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, cinquante-huitième session,* 20e séance (A/C.6./58/SR.20), intervention de M. Candioti, Président de la CDI, par. 5 à 8.

2845e SÉANCE

Vendredi 27 mai 2005, à 10 h 10

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique (*suite*) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. F et A/CN.4/546]

[Point 2 de l'ordre du jour]

SIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. AL-BAHARNA, après avoir félicité le Rapporteur spécial, rappelle que son rapport répond à une demande de la Commission tendant à examiner la question de savoir s'il faudrait inclure dans le projet d'articles une disposition reprenant la théorie des mains propres. Il appuie les conclusions du Rapporteur spécial selon lesquelles cela ne serait pas justifié, et fait observer que les débats qui ont eu lieu à la Sixième Commission à propos de cette théorie vont dans le même sens. Dans les affaires *LaGrand* et *Avena*, citées dans le rapport, l'État demandeur dont le national avait commis des crimes graves au regard du droit interne de l'État défendeur et avait été jugé et condamné dans le respect de la légalité, a fondé sa réclamation sur le comportement illicite de l'État défendeur face à l'infraction commise. Dans les deux cas, la Cour a réfuté l'argumentation des États-Unis, rejetant l'applicabilité de la théorie des mains propres aux réclamations présentées contre eux par, respectivement, l'Allemagne et le Mexique.

2. Malgré les conclusions du Rapporteur spécial selon lesquelles il n'est pas pertinent d'inclure dans le projet d'articles la théorie des mains propres, on peut se demander s'il n'y a pas des cas où elle pourrait être utilisée pour empêcher l'exercice de la protection diplomatique. Dans l'affirmative, il faudrait peut-être prévoir un article qui comblerait cette lacune. Le Rapporteur spécial semble lui-même admettre cette éventualité au paragraphe 8 de son rapport, lorsqu'il affirme que, si un étranger commet une infraction dans un État étranger et qu'il est de ce fait privé par cet État de sa liberté ou de ses biens, il est peu probable que son État de nationalité intervienne pour le protéger. Il ajoute d'ailleurs à la troisième phrase de ce paragraphe que «[d]ans ce sens, la doctrine des mains propres sert à exclure la protection diplomatique». M. Al-Baharna propose donc à la Commission de se pencher sur la question de l'irrecevabilité d'une réclamation eu égard au principe des mains propres.

3. M. Sreenivasa RAO, reprenant la citation de Sir Gerald Fitzmaurice figurant au paragraphe 2 du rapport du Rapporteur spécial, à savoir «[q]ui demande réparation doit avoir les mains propres», dit que, de manière générale, une personne ne peut se plaindre des conséquences préjudiciables d'un acte si celles-ci découlent d'un autre acte qu'elle a elle-même commis. L'application de ce principe de bonne foi, comme M. Pellet l'a nommé, peut aboutir à des résultats différents dans des situations différentes et ne pas nécessairement priver le demandeur du droit d'obtenir une réparation appropriée, même si son propre comportement illicite a suscité l'action préjudiciable.

4. Par exemple, un État ayant commis un fait illicite qui a suscité une réaction disproportionnée peut être en droit de présenter une réclamation. Ou bien, la partie lésée par un comportement illicite est en droit de se plaindre même s'il est établi qu'elle a elle-même contribué au comportement illicite par sa propre négligence; en pareil cas, sa part de responsabilité devra dûment être prise en compte, mais elle ne constituera pas automatiquement un motif de rejet de sa plainte.

5. Avec sa rigueur habituelle, le Rapporteur spécial a passé en revue la jurisprudence la plus récente sur cette question et a conclu au paragraphe 6 de son rapport qu'étant donné les affaires en question, «il serait difficile de maintenir l'argument selon lequel la théorie des mains propres ne s'applique pas aux différends portant directement sur les relations interétatiques». Il est parvenu à cette conclusion principalement parce que la CIJ n'a pas expressément émis d'avis négatif sur les réclamations que présentaient les États mais a simplement considéré qu'elles ne justifiaient pas qu'elle refuse de statuer en s'appuyant sur la doctrine des mains propres, qu'elles invoquaient sous une forme ou une autre.

6. Le Rapporteur spécial a peut-être raison sur ce point, mais le plus important est de se demander si la Commission doit vraiment examiner la question. M. Sreenivasa Rao tend à penser qu'à l'instar de la Cour elle n'a pas à se prononcer, car les questions en jeu ne sont pas essentielles dans le cadre des travaux en cours. En revanche, il lui faut décider d'inclure ou non dans le projet d'articles une disposition sur la théorie des mains propres. Dans le chapitre sur les affaires dans lesquelles la théorie des mains propres a été appliquée dans le contexte de la protection diplomatique, le Rapporteur spécial avance l'argument convaincant selon lequel, contrairement aux affaires faisant intervenir des relations entre États, cette théorie en question a rarement été invoquée dans le contexte de la protection diplomatique. Il fait en outre observer que les auteurs qui ont pris parti pour l'application de la théorie dans ce contexte n'ont présenté aucun argument à l'appui de leur position. Sensible à cette démonstration, M. Sreenivasa Rao appuie la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle l'insertion d'une telle disposition n'est pas nécessaire car cela ne constituerait ni un exercice de codification ni un exercice de développement progressif du droit. Si, comme le fait judicieusement remarquer le Rapporteur spécial au paragraphe 16 du rapport, la doctrine est applicable à des questions de protection diplomatique, mieux vaudrait l'évoquer au stade de l'examen au fond. Néanmoins, s'agissant de l'atténuation ou de l'exonération de la responsabilité, également évoquées dans ce paragraphe, M. Gaja a fait observer à juste titre que la reconnaissance d'une illicéité par l'État demandeur devrait avoir des conséquences appropriées pour la détermination de la réparation sans conduire à l'exonération.

7. Constatant que les avis sont partagés au sein de la Commission sur l'utilité de saisir l'occasion offerte par le débat sur la théorie des mains propres pour entreprendre, comme le préconise M. Pellet, un exercice de développement progressif du droit de la protection diplomatique, M. Sreenivasa Rao pense qu'il serait utile que le Rapporteur spécial donne quelques indications à ce sujet.

8. M. BROWNLIE, tout en approuvant les conclusions générales auxquelles est parvenu le Rapporteur spécial, pense qu'il faudrait peut-être analyser différemment la question de la théorie des mains propres. En répondant, d'une manière générale, par la négative à la question de savoir si la théorie des mains propres fait partie du droit international positif − si elle est ou non de la *lex lata* – le Rapporteur spécial a peut-être surestimé le poids de certains éléments et accordé trop d'importance à cette théorie dans les sources du droit international. En effet, contrairement à ce qui est indiqué au paragraphe 6, la théorie des mains propres n'a pas été « souvent invoquée » par les États, mais seulement de temps en temps, très brièvement, toujours par les mêmes États, et, en tout état de cause, à titre d'exception préliminaire. Il est d'ailleurs étonnant que le rapport ne mentionne pas l'affaire *Certaines terres à phosphates à Nauru*, dans laquelle l'Australie avait invoqué ce principe. On ne peut donc pas dire que les tribunaux aient eu à envisager sérieusement cette théorie, contrairement à ce que le paragraphe 6 peut laisser croire.

9. M. Brownlie, doutant qu'il soit important que la théorie des mains propres fasse ou non partie de la *lex lata*, estime que la conclusion du Rapporteur spécial, qu'il appuie, n'empêche pas la Commission d'adopter une version de cette théorie en tant que forme de développement progressif du droit. À son avis, la question fondamentale est celle de la définition précise de la théorie des mains propres car la même expression recouvre en réalité plusieurs positions juridiques différentes, ce qui ne facilite pas la tâche. Il est souvent difficile de déterminer à quel titre la théorie a été invoquée par les États dans les différentes affaires. Dans certains cas, elle relève certainement du fond si finalement les faits allégués sont étayés par des éléments de preuve. Il serait donc intéressant de voir si les tribunaux ont jamais rattaché la théorie des mains propres au fond, au motif qu'il ne s'agissait pas uniquement d'une exception préliminaire. Dans d'autres affaires, cette théorie a été invoquée en rapport avec le « préjudice » – et présentée comme une forme de politique publique internationale. Il faut donc, pour chaque affaire, analyser soigneusement le contexte et définir précisément ce qui est en jeu.

10. On distingue donc deux situations différentes sur le plan qualitatif: soit l'illicéité alléguée relèverait en principe du fond et la question n'entre donc pas dans le cadre du mandat de la Commission concernant la protection diplomatique; soit elle est invoquée en tant que principe de politique publique internationale qui fait obstacle à la recevabilité d'une plainte et, dans ce cas, la recevabilité dont il s'agit ne s'inscrit pas sous la rubrique protection diplomatique. C'est un point de politique publique internationale qui peut bien sûr être soulevé *ex parte* par un État défendeur, mais ce n'est pas une forme de protection diplomatique.

11. Le Rapporteur spécial ayant conclu que cette question ne devrait pas figurer dans le projet d'articles, M. Brownlie pense qu'il faudrait expliquer à la Sixième Commission pourquoi la CDI a décidé de ne pas y inclure la théorie des mains propres. Une autre possibilité serait de prévoir une réserve renvoyant au droit international général, en indiquant simplement que les projets d'articles sont sans préjudice de l'application du droit international général aux questions de recevabilité dans d'autres situations. Un libellé très large de ce type devrait satisfaire ceux qui jugent que la position de la Commission sur la théorie des mains propres est un peu trop tranchée.

12. M. YAMADA souscrit à la conclusion du Rapporteur spécial mais pense, comme M. Pellet, que la logique à l'œuvre au paragraphe 9 est un peu étrange. En effet, l'avant-dernière phrase semble indiquer que la gravité de l'infraction des ressortissants en cause est un facteur déterminant, qu'ils aient les mains propres ou non. Or, pour déterminer si les nationaux à protéger ont les mains propres ou non, il faut établir qu'il existe un rapport de cause à effet entre l'action ou l'omission du national en question et le fait internationalement illicite commis par l'État de résidence. Par exemple, dans l'affaire *LaGrand*, ce n'est pas la gravité des crimes commis par les intéressés qui importe, mais la question de savoir s'ils ont ou non contribué à ce que les autorités des États-Unis ne préviennent pas les autorités consulaires allemandes − autrement dit, s'ils ont induit les autorités des États-Unis en erreur en dissimulant leur nationalité allemande ou s'ils leur ont demandé de ne pas prévenir les autorités consulaires allemandes et s'ils ont ainsi contribué à empêcher les autorités des États-Unis de respecter une obligation internationale.

13. Cela étant, M. Yamada reconnaît qu'il n'existe pas d'éléments permettant d'établir que le principe des mains propres est la cause de l'irrecevabilité de la demande. Ce principe étant certainement pertinent pour le fond de l'affaire, il estime que la règle de la contribution au préjudice, appelée « négligence contributive » ou « *comparative fault* » dans les systèmes de droit nationaux, qui est énoncée à l'article 39 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, est applicable[1].

14. M. KABATSI souhaite qu'il soit consigné par écrit qu'il approuve pleinement la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle il n'est pas nécessaire de prévoir dans le projet d'articles sur la protection diplomatique une disposition relative à la théorie des mains propres.

15. M. CANDIOTI souscrit aux conclusions du Rapporteur spécial ainsi qu'à la remarque de M. Yamada concernant l'applicabilité des dispositions de l'article 39 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, en particulier dans le contexte général. En deuxième lecture, on pourrait examiner une disposition générale comme celle évoquée par M. Brownlie, à savoir une référence aux dispositions générales relatives à l'application du droit international général, en particulier en matière de responsabilité.

La séance est levée à 10 h 48.

[1] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, p. 28.

2846e SÉANCE

Mardi 31 mai 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique *(fin)* [A/CN.4/549 et Add.1, sect. F et A/CN.4/546]

[Point 2 de l'ordre du jour]

SIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat sur son sixième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/546).

2. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que l'examen de son sixième rapport par la Commission a constitué un exercice utile. La doctrine des mains propres est un principe important du droit international dont il faut tenir compte à chaque fois qu'il est établi qu'un État demandeur n'a pas agi de bonne foi et qu'il a saisi la justice alors qu'il n'avait pas « les mains propres ». Il faut distinguer cette doctrine de l'argument *tu quoque*, par lequel un État défendeur soutient que l'État demandeur a également violé une règle de droit international, et son utilisation doit se limiter aux cas dans lesquels l'État demandeur n'a pas agi comme il fallait en saisissant la justice.

3. Le Rapporteur spécial remercie M. Pellet d'avoir soulevé le problème et d'avoir admis, après réflexion, que la doctrine ne relevait pas, à tout le moins en principe, du domaine de la protection diplomatique et qu'elle ne devait donc pas figurer dans le projet d'articles.

4. Bien qu'aucun autre orateur n'ait soutenu ni même suggéré qu'elle devait y figurer, certains membres ont évoqué la place qui était la sienne dans l'ordre juridique international en général et dans les procès internationaux en particulier.

5. Un certain nombre d'aspects du rapport à l'examen ont fait l'objet de critiques justifiées. Pour M. Gaja et M. Sreenivasa Rao, l'idée exprimée au paragraphe 16 selon laquelle la doctrine des mains propres pourrait entraîner l'exonération au stade de l'examen de l'affaire au fond va trop loin. M. Pellet et M. Yamada ont fait valoir que la référence au paragraphe 9 aux affaires *LaGrand* et *Avena* n'analysait pas adéquatement leur pertinence en ce qui concerne le comportement des États-Unis. M. Brownlie a soutenu que le paragraphe 6 exagérait l'importance de la doctrine des mains propres, et il a bien entendu raison: les tribunaux n'ont jamais sérieusement examiné cette doctrine. M. Brownlie a aussi à juste titre appelé l'attention sur l'absence dans le rapport de toute mention de l'affaire relative à *Certaines terres à phosphate à Nauru* ou de la question de savoir si la doctrine des mains propres n'avait jamais été jointe au fond. Le Rapporteur spécial indique qu'il n'a quant à lui pas connaissance d'une telle jonction.

6. Un certain nombre de propositions utiles ont été faites. Par exemple, M. Brownlie a proposé d'insérer en seconde lecture une clause indiquant que les articles sur la protection diplomatique sont sans préjudice du droit international général. Dans le cadre de ses observations utiles, M. Pellet a soulevé deux questions fondamentales qui ont trait, non à la doctrine des mains propres, mais au projet d'articles sur la protection diplomatique, et le Rapporteur spécial souhaite s'arrêter quelques instants sur ces questions.

7. Premièrement, M. Pellet a exprimé des réserves au sujet du principe *Mavrommatis*, selon lequel un préjudice causé à un individu est un préjudice causé à l'État; deuxièmement, il a de nouveau posé la question de savoir s'il ne serait pas opportun d'examiner les conséquences de la protection diplomatique dans le projet d'articles. Comme il est vraisemblable que l'ordre du jour de la Commission à sa prochaine session sera très chargé, et comme on admet généralement que le projet d'articles sur la protection diplomatique doit être achevé d'ici la fin du quinquennat, il serait judicieux d'examiner ces deux questions immédiatement, ne serait-ce qu'à titre préliminaire.

8. M. Pellet a noté à juste titre que le principe *Mavrommatis* était une fiction – ce que le Rapporteur spécial a lui-même souligné à maintes reprises. Ceci a de graves conséquences pour l'individu. L'une de ces conséquences est que, parce que la réclamation est considérée comme la réclamation de l'État et non celle de l'individu, il est généralement admis que l'exercice de la protection diplomatique revêt pour l'État un caractère discrétionnaire. Dans son premier rapport, le Rapporteur spécial avait essayé de persuader la Commission d'obliger les États à exercer leur protection diplomatique lorsqu'une norme du *jus cogens* a été violée au préjudice de l'individu[1]; la Commission a toutefois rejeté cette proposition au motif que l'adopter aurait constitué un développement progressif du droit. Une autre implication est que l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire s'agissant de verser les fonds qu'il a reçus à titre d'indemnisation suite à l'exercice de sa protection diplomatique.

9. Le principe *Mavrommatis* est bien entendu incohérent et vicié. Par exemple, comment la Commission explique-t-elle le principe de la continuité de la nationalité? Pourquoi l'individu lésé doit-il être un national de l'État demandeur tant au moment du préjudice qu'au moment de la présentation de la réclamation? Si le préjudice est causé à l'État, c'est donc assurément le moment du préjudice qui est le moment crucial, et pourtant tel n'est pas le cas. Il y a également la question de l'évaluation des dommages: si le préjudice est causé à l'État, pourquoi le dommage subi par l'individu doit-il être pris en considération?

---

[1] *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/506 et Add.1, par. 87 à 93.

Et pourquoi l'individu doit-il être tenu d'épuiser les recours internes si la réclamation est celle de l'État? Pourtant, malgré ses défauts, le principe *Mavrommatis* est à la base du droit international coutumier sur le sujet de la protection diplomatique, et la Commission s'efforce de codifier les principes de la protection diplomatique et non de les développer progressivement. Elle ne peut abandonner maintenant le principe *Mavrommatis* et édifier une institution qui ferait de l'individu le demandeur réel. De nombreux membres de la Commission ont reproché au projet d'articles d'être trop prudent et conservateur et de ne pas tenir compte du fait que c'est l'individu qui est le véritable demandeur; mais écarter le principe *Mavrommatis* serait écarter des principes de droit international coutumier qui existent depuis plus d'un siècle.

10. Deuxièmement, M. Pellet a déclaré que le projet d'articles devrait contenir des dispositions sur les conséquences de la protection diplomatique. M. Sreenivasa Rao a également demandé des indications à cet égard. À cela, le Rapporteur spécial répond que le projet d'articles est axé sur deux questions: la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes. Tel est le domaine admis de la protection diplomatique et l'approche qu'adoptent la plupart des manuels. De fait, le Rapporteur spécial estime réconfortant que MM. Daillier et Pellet eux-mêmes adoptent cette approche dans la septième édition de *Droit international public*[2]. La Sixième Commission est elle aussi favorable à cette approche. Presque tous les représentants qui ont pris la parole à la Sixième Commission ont dit souhaiter que le projet d'articles soit achevé en 2006, et il existe un accord général également favorable pour limiter sa portée à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours (A/CN.4/549/Add.1, par. 2). C'est également ce qu'a envisagé le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, dont l'article 44 traite en passant de la nationalité des réclamations et de l'épuisement des recours internes, et il était clairement indiqué dans le commentaire que ces questions seraient examinées dans le projet d'articles complémentaire sur la protection diplomatique[3].

11. Une seconde raison pour laquelle la Commission ne devrait pas envisager les conséquences de la protection diplomatique est que celles-ci sont déjà traitées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Initialement, ce projet d'articles contenait un examen de la protection diplomatique, et le premier Rapporteur spécial sur la responsabilité de l'État, M. García Amador, a effectivement traité de la protection diplomatique comme constituant un aspect du sujet[4]. Par la suite, M. Ago a axé son attention sur les règles secondaires et s'est écarté de la protection diplomatique, sans exclure totalement cette question[5]. Le projet d'articles sur la responsabilité de l'État adopté en première lecture contenait une disposition sur la protection diplomatique et l'épuisement des recours internes[6]. Le projet d'articles adopté en seconde lecture contient lui aussi une disposition sur le sujet, l'article 44, qui, cela est intéressant, postule que les conséquences de la protection diplomatique sont couvertes par le projet d'articles sur la responsabilité de l'État; et il est indiqué clairement que les deux seules questions qui doivent être envisagées dans le projet d'articles sur la protection diplomatique sont la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes. En d'autres termes, à une exception près sur laquelle le Rapporteur spécial dit qu'il reviendra, tout ce qui a trait aux conséquences de la protection diplomatique est déjà traité dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, en particulier aux articles 30, 31, 32 et 36 (les paragraphes 16 à 34 du commentaire de l'article 36 étant exclusivement consacrés aux réclamations découlant de la protection diplomatique), et aux articles 37 et 39 (comme l'ont confirmé M. Sreenivasa Rao, M. Yamada et M. Candioti durant le débat, qui tous ont relevé que la doctrine des mains propres était envisagée dans le cadre de cet article, ce qui démontre clairement qu'il a trait à la réparation découlant de réclamations reposant sur la protection diplomatique). Même les articles 40 et 41 sont applicables à la protection diplomatique. L'article 40, sur les violations graves découlant d'obligations constituant des normes impératives, s'appliquera à l'évidence, par exemple à la torture d'un étranger. En d'autres termes, nombre des articles sur la responsabilité de l'État sont directement applicables à la protection diplomatique et reposent sur la jurisprudence relative à ce sujet[7]. Ainsi, le Rapporteur spécial ne voit pas la nécessité de traiter plus avant de la question des conséquences.

12. Il y a toutefois une question qui n'est pas traitée, et que M. Pellet a évoquée en passant, celle de savoir si un État est tenu de verser à l'individu lésé les sommes qu'il a reçues à titre d'indemnisation dans le cadre de l'exercice de sa protection diplomatique. Si le Rapporteur spécial convient qu'il s'agit d'une question importante, il relève qu'il serait étrange, bien que possible, de n'envisager qu'une question liée aux conséquences dans un projet d'articles consacré à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes. La Commission est confrontée à deux possibilités. La première consisterait à se contenter de codifier le droit existant. Ce faisant, elle confirmerait ce que de nombreux membres considèrent comme une règle réactionnaire, à savoir que l'État n'est pas tenu de remettre les fonds reçus à la personne lésée. C'est là une conséquence du principe *Mavrommatis*: comme la réclamation est celle de l'État, ce dernier conserve toute somme lui ayant été versée et n'est pas tenu de la remettre à l'individu lésé. La doctrine est claire à cet égard. Dans l'affaire relative à la *Décision administrative V (États-Unis d'Amérique c. Allemagne)*, l'arbitre Parker a déclaré que dans l'exercice de son contrôle la nation est « guidée non seulement par l'intérêt du demandeur particulier mais par les intérêts plus larges de toute la population de la nation… », et que « même si un paiement est effectué au bénéfice de la nation qui a pris fait et cause en application

---

[2] *Droit international public (Nguyen Quoc Dinh)*, 7e éd., Paris, LGDJ, 2002, par. 495, p. 808 à 814.

[3] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 77, commentaire de l'article 44, par. 2, note 683, p. 129, et par. 5, note 687, p. 130.

[4] *Annuaire… 1956*, vol. II, document A/CN.4/96, chap. VI et VII, par. 134 à 191, p. 200 à 208.

[5] *Annuaire… 1969*, vol. II, document A/CN.4/217 et Add.1, par. 1 à 6, p. 130, et *Annuaire… 1970*, vol. II, document A/CN.4/233, par. 1 à 11, p. 189.

[6] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), article 22, p. 65. Pour le commentaire de l'article 22, voir *Annuaire… 1977*, vol. II (2e partie), p. 31.

[7] Pour le projet d'articles et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission en deuxième lecture, *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 à 153.

d'une sentence, la nation a la maîtrise totale des fonds qui lui ont ainsi été versés et qu'elle détient … » [p. 152 de la décision]. La jurisprudence anglaise est elle aussi claire: selon Ian Brownlie, les tribunaux anglais et la Court of claims des États-Unis considèrent que « lorsqu'une demande est présentée et une indemnisation versée, l'État n'est pas un fiduciaire mais un représentant des nationaux relativement auxquels la demande a été présentée[8] ». Le droit des États-Unis est de même dépourvu d'ambiguïté: selon le *Restatement of the Law Third, Foreign Relations Law of the United States*, les sommes reçues d'un gouvernement étranger en application d'une sentence arbitrale internationale ou d'un règlement appartiennent aux États-Unis[9]. Damrosch, Henkin, Pugh, Schachter et Smit déclarent dans leur *International Law: Cases and Materials* que l'intégralité de la réparation est payée à l'État demandeur et que celui-ci la verse à ses nationaux auteurs de la réclamation s'il le juge bon[10]. Ainsi, dans l'état actuel de la doctrine, tout comme l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire s'agissant d'exercer sa protection diplomatique, il jouit d'un pouvoir discrétionnaire s'agissant de verser à l'individu lésé les sommes qu'il a reçues à titre d'indemnisation dans le cadre de l'exercice de sa protection diplomatique.

13. La seconde solution, qui relève du développement progressif, consisterait à énoncer une nouvelle règle obligeant l'État à verser à l'individu lésé les sommes qu'il a reçues à titre d'indemnisation. Le Rapporteur spécial ne pense pas que la Commission souhaitera choisir cette solution. À la lumière de sa décision de ne pas contraindre les États à exercer leur protection diplomatique au bénéfice d'un individu, il est probable que la Commission ne souhaitera pas développer progressivement le droit en ce qui concerne le versement de l'indemnisation pécuniaire reçue par l'État. Le Rapporteur spécial indique qu'il ne décèle pas au sein de la Commission, d'une manière générale, le désir de développer progressivement le droit à l'encontre de la doctrine et de la jurisprudence, et c'est ce qu'il lui faudrait faire si elle retenait cette solution. En pratique, on peut penser que la plupart des États versent les sommes reçues à titre d'indemnisation, mais dans le même temps ils soulignent qu'ils ne sont pas tenus de le faire, en particulier lorsqu'ils reçoivent des montants forfaitaires. Il est fréquent que les individus lésés reçoivent beaucoup moins que ce à quoi ils ont droit. Pour le Rapporteur spécial, il ne serait pas judicieux qu'au stade actuel, la Commission soit essaie de codifier ce que beaucoup considèrent comme un principe regrettable, soit tente d'élaborer, dans le cadre du développement progressif, un nouveau principe qui serait inacceptable pour les États. Pour le Rapporteur spécial, il serait préférable de laisser le projet d'articles dans sa forme actuelle, axé uniquement sur la protection diplomatique au sens de la nationalité des réclamations et de l'épuisement des recours internes. Les conséquences de la protection diplomatique doivent être laissées au projet d'articles sur la responsabilité de l'État, et la Commission ne devrait pas se prononcer sur la question de savoir si l'État est tenu de verser à un individu lésé les sommes qu'il a reçues à titre d'indemnisation, de la même manière qu'elle n'a pas touché à la règle qui veut qu'un État jouisse d'un pouvoir discrétionnaire absolu s'agissant d'exercer sa protection diplomatique – une question qu'elle a laissée ouverte dans l'espoir que les choses changeraient. Récemment, les tribunaux nationaux ont commencé à se pencher sur la question de savoir si les États étaient constitutionnellement tenus d'exercer leur protection diplomatique. Il y a eu des décisions importantes à cet égard, et l'on pourrait dire qu'une règle de droit international coutumier est en train d'apparaître; la Commission agit donc judicieusement en ne faisant pas obstacle à son apparition. De la même manière la question du paiement par l'État de nationalité à l'individu lésé des sommes qu'il a reçues ne devrait pas être abordée, de manière à permettre au droit international coutumier de se développer dans ce domaine.

14. M. BROWNLIE dit qu'il juge les propositions du Rapporteur spécial généralement pragmatiques; il souhaite néanmoins faire des observations sur la question du versement par l'État des sommes reçues à titre d'indemnisation à l'individu dont les intérêts ont été directement en cause dans la réclamation qui a donné lieu à l'indemnisation. Le Rapporteur spécial a mis l'accent sur le devoir du gouvernement de verser cette indemnisation mais n'a pas analysé la position de l'individu et, plus précisément, la question générale du degré de contrôle qu'un individu, qui peut très bien être une société ou une autre personne morale, devrait avoir relativement à une réclamation internationale: en d'autres termes, la mesure dans laquelle une personne physique ou morale peut exiger d'un gouvernement qu'il formule une réclamation.

15. La question est examinée dans le contexte du développement progressif du droit international mais, comme cela est fréquent, il s'agit de savoir comment amener ce développement progressif. Un élément est l'application effective des normes juridiques. L'individu ou la société concernés, compte tenu de leurs intérêts économiques particuliers, peuvent considérer que le mieux est de ne pas présenter la réclamation; alternativement, l'intérêt concerné peut insister pour que soit formulée une réclamation sans lien réel avec l'application des normes juridiques. La question est ainsi de savoir dans quelle mesure les individus et les sociétés devraient pouvoir insister pour que les États prennent telle ou telle décision en la matière. M. Brownlie se demande si les résultats généraux d'une analyse d'une telle situation contribueraient en fait au développement progressif; il a tendance à penser que ces résultats seraient assez mitigés.

16. L'ancienne Commission européenne des droits de l'homme et la Cour européenne des droits de l'homme ont très tôt et à juste titre estimé que les réclamations formulées pour le compte d'individus en application de la Convention européenne des droits de l'homme étaient en fait des questions intéressant l'ordre public européen. Il y avait certes une question de *locus standi* mais des aspects autres qu'une réclamation par l'individu étaient en jeu. La logique profonde de cette opinion était que même si un individu décidait de ne pas présenter de réclamation, comme cela s'était produit en certaines occasions, l'ordre

[8] « … when a claim is presented and compensation is paid over, the state is not a trustee or agent for the nationals with respect to whom the claim was made », *Principles of Public International Law,* 5e éd., Oxford University Press, 1998, p. 597.

[9] The American Law Institute, *Restatement of the Law Third: The Foreign Relations Law of the United States*, St Paul (Minnesota), vol. 2, 14 mai 1986, par. 902 *l*, p. 348.

[10] St. Paul (Minnesota), West Publishing Co., 4e éd., 2001, p. 803.

public européen n'en était pas moins en jeu et la réclamation devrait être formulée, même si les intérêts privés n'étaient plus en cause parce que l'individu avait décidé de ne pas présenter de réclamation. L'opinion progressiste, dans le contexte de la Convention européenne des droits de l'homme, était donc qu'il ne fallait pas permettre à un individu de renoncer à son droit de présenter une réclamation, parce que l'objectif ultime était l'application effective de certaines normes. En conséquence, la question de savoir ce qui est progressiste dans ce contexte implique une évaluation de la mesure dans laquelle individus et sociétés peuvent exercer un contrôle sur ce que font les gouvernements à cet égard. Ce n'est pas une question simple et elle ne se limite pas à la question de savoir ce qu'il doit advenir de l'indemnisation versée une fois qu'elle a été remise par l'État défendeur.

17. M. ECONOMIDES souscrit aux observations de M. Brownlie. Il y a deux questions principales: la première est celle de savoir si l'État qui exerce sa protection diplomatique au bénéfice d'un de ses nationaux, lors de la phase finale de l'octroi de l'indemnisation, a besoin du consentement de l'individu concerné pour accepter la somme négociée avec l'État défendeur. Il rappelle que par le passé, le Gouvernement grec a, dans l'exercice de sa protection diplomatique, négocié des accords d'indemnisation pour le compte de ressortissants grecs dont les biens avaient été expropriés dans certains pays d'Europe orientale. Sans solliciter au préalable le consentement de ses nationaux, le Gouvernement grec a accepté et distribué aux individus concernés une somme forfaitaire qui ne correspondait absolument pas à la valeur des biens. Dans de tels cas, on assume que l'État intervient pour protéger les intérêts de ses nationaux, qui sont les victimes, et non dans son intérêt propre. Il est donc logique que l'État demande le consentement de l'individu avant d'accepter une indemnisation, assurant ce faisant une protection adéquate des intérêts de cet individu, ce que ne prévoient actuellement ni le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, ni le projet d'articles sur la protection diplomatique.

18. Une seconde question est celle de savoir si un État a le droit de conserver tout ou partie d'une indemnisation qu'il a reçue. Il existe une pratique des États à cet égard; le Gouvernement grec, par exemple, distribue toujours toutes les indemnités qu'il reçoit, minorées de ses frais, aux individus lésés. Tous ces exemples de la pratique des États auraient dû être examinés dans le but, le cas échéant, d'élaborer des règles. Bien que M. Economides estime avec le Rapporteur spécial qu'il s'agit de questions très délicates et qui ne peuvent être réglées dans la hâte, la Commission ne doit pas exclure la possibilité d'en traiter à l'avenir. Elle aurait tort d'essayer de donner l'impression que tous les problèmes possibles ont été résolus alors que certains aspects importants du sujet n'ont toujours pas été adéquatement envisagés.

19. M. PELLET dit que bien que le Rapporteur spécial ait maintenu sa position en ce qui concerne le projet d'articles, il n'est quant à lui toujours pas convaincu pour ce qui est de certaines questions. Il a soulevé nombre de ces questions en de nombreuses occasions au cours des années passées, et continue, par exemple, d'entretenir des doutes sérieux au sujet de l'approche prudente et conservatrice de la Commission en ce qui concerne le principe *Mavrommatis*. Il a toujours estimé que le sujet qu'étudiait la Commission n'était pas les conditions de l'exercice de la protection diplomatique, mais la protection diplomatique elle-même; or la Commission n'a traité que des premières.

20. En ce qui concerne la fiction *Mavrommatis*, M. Pellet indique qu'il s'est incliné devant ce qui semble être l'opinion majoritaire au sein de la Commission. En conséquence, en l'absence de critiques de la part d'États – lesquelles semblent peu probables, car les États tendent à être encore plus conservateurs que la Commission – le projet d'articles demeurera dans sa forme actuelle parce qu'il tend à faire sienne l'approche suivie par les États en la matière. Il ne faut toutefois pas oublier que la tâche de la Commission n'est pas de faire plaisir aux États mais d'assurer le développement progressif et la codification du droit international. Il est donc regrettable que la Commission ait choisi une solution de facilité qui recueillera l'approbation des États.

21. La fiction *Mavrommatis* a deux faces: un État exerce sa protection diplomatique dans l'exercice de son propre droit; et il affirme également son droit de veiller au respect du droit international dans la personne de son national. M. Pellet est d'accord avec le premier principe, à savoir que la protection diplomatique est un droit de l'État, au sens où il serait irresponsable ou dangereux de proposer un principe général obligeant l'État à exercer sa protection diplomatique. L'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire total s'agissant de décider de le faire ou non sur la base de considérations de politique générale et compte tenu de l'intérêt général, qui n'est pas toujours identique à celui de l'individu concerné. La Commission aurait pu examiner la question des limites à l'intérieur desquelles un État peut décider d'exercer ou non sa protection diplomatique, mais elle a malheureusement choisi de ne pas le faire.

22. Le second principe est beaucoup plus contestable et constitue la véritable fiction du principe *Mavrommatis*. Le droit de l'État de veiller au respect du droit international dans la personne de son national est une notion obsolète. Le principe *Mavrommatis* remonte à 1924, époque à laquelle l'objectif fondamental de la protection diplomatique était de garantir le monopole des États en tant que sujets de droit international. Une situation était survenue dans laquelle certains États du Nord, exportateurs de capitaux ayant investi en Amérique latine et ailleurs, ont ressenti le besoin de protéger les intérêts de leurs nationaux. C'est ainsi que la protection diplomatique est apparue, grâce à laquelle les États exercent leur propre droit de veiller au respect du droit international dans la personne de leurs nationaux; et les pays du Sud ont été requis d'accorder une indemnisation pour tout préjudice.

23. Cependant, il semble inacceptable, 80 ans après, d'adhérer à une fiction qui a été créée en réponse à un contexte historique spécifique. Les individus sont maintenant reconnus comme des sujets du droit international; il faudrait être totalement réactionnaire pour refuser de reconnaître que les individus ont un certain degré de personnalité juridique internationale. Les individus disposent de recours directs dans certains domaines comme les droits de l'homme et les investissements, et la protection

diplomatique devrait servir de filet de sécurité lorsqu'aucun recours direct ne leur est ouvert. Dans de tels cas, il est absolument essentiel que les États conservent le droit d'exercer leur protection diplomatique; mais il n'y a nul besoin de maintenir la fiction. Il serait infiniment plus simple de dire qu'un État peut choisir d'agir ou non pour le compte de son national, et cela refléterait beaucoup mieux les besoins du monde contemporain. La Commission a raté une occasion d'offrir ce choix aux États, tout en indiquant également que lorsqu'un État choisit d'exercer ce droit, il agit pour le compte de son national et non pour garantir le respect du droit international en la personne de ce national.

24. Le Rapporteur spécial donne à entendre que la Commission aurait achevé ses travaux, mais M. Pellet n'est pas d'accord. La Commission a codifié les conditions de l'exercice de la protection diplomatique mais non ses conséquences. Le Rapporteur spécial a donné trois raisons pour cette omission: la nécessité d'achever l'élaboration du projet d'articles pour la fin du quinquennat, le fait que les conséquences de la protection diplomatique sont déjà envisagées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État et la conviction qui est la sienne qu'en tentant de codifier les points restants l'on confirmerait une règle rétrograde.

25. Le premier argument n'est tout simplement pas crédible; si la tâche de la Commission est de codifier le droit international, elle doit prendre le temps nécessaire pour le faire même si cette tâche se révèle difficile. Elle disposait de tout le temps nécessaire à la session en cours pour examiner non seulement la doctrine des mains propres mais aussi les autres problèmes, plus fondamentaux, soulevés par M. Pellet.

26. Quant à l'argument selon lequel les conséquences de la protection diplomatique sont déjà envisagées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, cela va sans dire. L'objet de la protection diplomatique est de faire en sorte que l'on tire les conséquences de la responsabilité de l'État. La conséquence de la protection diplomatique est d'engager la responsabilité de l'État. Le commentaire de ce projet d'articles cite des exemples de préjudice direct causé à l'État et, par le truchement de la fiction de Vattel, de préjudice indirect causé à l'État dans la personne de l'un de ses nationaux. Ce projet d'articles ne traite cependant pas des conséquences spéciales de l'exercice de la protection diplomatique et ne distingue pas entre la responsabilité découlant d'un préjudice direct causé à un État par un autre et celle découlant d'un préjudice indirect causé à un État dans la personne de l'un de ses nationaux. Il est légitime de s'attendre à ce que la Commission, lorsqu'elle codifie la protection diplomatique, envisage les conséquences spécifiques d'un tel préjudice indirect. S'il est réellement suffisant de se contenter de dire que le projet d'articles sur la responsabilité de l'État traite déjà des conséquences de la protection diplomatique, pourquoi n'utilise-t-on pas le même argument, par exemple, en ce qui concerne l'épuisement des recours internes, qui est envisagé à l'article 44 *b*? Pourtant le Rapporteur spécial a à juste titre longuement traité cette question dans son projet d'articles. De plus, la référence à l'article 39 est particulièrement troublante, car pour M. Pellet cet article renvoie essentiellement à la question des mains propres, au sujet de laquelle il n'entend cependant plus rien dire.

27. Le Rapporteur spécial a lui-même admis qu'une question importante n'était pas traitée dans le projet d'articles, à savoir celle de la remise de l'indemnisation à l'individu pour le compte duquel la protection diplomatique a été exercée. Il a noté que dans la plupart des cas, l'État n'était pas tenu de verser cette indemnisation à l'individu lésé, et il a estimé que si la Commission tentait de codifier la question du paiement de l'indemnisation à cet individu, elle devrait avaliser une règle rétrograde. Le mandat de la Commission ne se limite cependant pas à la codification du droit international, et si elle avait eu le courage d'abandonner la fiction *Mavrommatis*, elle ne serait pas face à ce dilemme.

28. Il y a bien sûr des solutions intermédiaires, comme l'ont indiqué M. Economides et d'autres. Mais la Commission est à n'en pas douter en train de créer un précédent malheureux en s'abstenant d'examiner un sujet présenté comme épineux. La Commission devrait dire aux États que leur position de souveraineté d'action absolue n'est pas adaptée au nouveau contexte international et leur proposer d'abandonner cette position ou de la modifier.

29. Le troisième argument avancé par le Rapporteur spécial pour ne pas traiter des conséquences de l'exercice de la protection diplomatique est que le versement de l'indemnisation aux individus est un problème isolé et que les autres conséquences ont été envisagées dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Toutefois, si certaines de ces conséquences sont évoquées, nombre d'autres problèmes n'ont pas été traités. Par exemple, l'exercice de la protection diplomatique empêche-t-il l'individu de prendre d'autres mesures? Les individus sont-ils tenus d'accepter l'indemnisation acceptée par l'État, ou peuvent-ils faire valoir leurs prétentions au motif que l'État n'a pas correctement exercé sa protection diplomatique et que le préjudice qu'ils ont subi n'a pas été réparé? Quelles sont les conséquences sur le droit d'appel d'un individu d'un exercice de la protection diplomatique couronné de succès? Quelle méthode doit-on utiliser pour calculer le montant de l'indemnisation? L'indemnisation doit-elle être fondée sur le dommage subi par l'individu, comme cela se fait actuellement, ou sur le dommage subi par l'État, ce qui serait conforme à la fiction *Mavrommatis*? L'individu est-il tenu par un accord conclu par l'État pour son compte propre? Toutes ces questions devraient être envisagées dans le projet.

30. En résumé, si M. Pellet apprécie l'ouverture d'esprit du Rapporteur spécial, il regrette qu'il soit, comme la Commission, demeuré inflexible en ce qui concerne les conséquences de l'exercice de la protection diplomatique, qui posent de sérieux problèmes d'importance pratique aux États.

31. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial du résumé du débat érudit et équilibré auquel il vient de procéder. Néanmoins, un certain nombre de questions liées à la protection diplomatique entendue au sens large, notamment celle des intérêts de l'individu, méritent d'être examinées plus avant. S'il est convaincu que le pouvoir discrétionnaire de l'État en la matière ne doit pas être

limité par une obligation de prendre dans chaque cas fait et cause pour ses nationaux, M. Rao serait prêt à appuyer toute proposition du Rapporteur spécial visant à encourager les États à veiller à ce que, le cas échéant, toute indemnisation reçue soit versée à l'individu concerné. Il n'y a pas de contradiction entre laisser à l'État le pouvoir discrétionnaire d'exercer sa protection diplomatique et veiller à ce qu'une indemnisation convenable et équitable soit versée à l'individu. Le Rapporteur spécial a à juste titre senti que certains membres de la Commission n'étaient pas en faveur du développement progressif du droit international de la protection diplomatique, mais M. Rao souhaite quant à lui garder l'esprit ouvert, pour le cas où le Rapporteur spécial jugerait opportun de faire un pas dans cette direction, en ce qui concerne le versement de l'indemnisation aux individus.

32. M. ECONOMIDES dit qu'une manière d'atténuer les effets de l'exercice de la protection diplomatique serait de faire figurer, lors de la seconde lecture du projet d'articles, une clause finale aux termes de laquelle, lorsqu'une convention relative aux droits de l'homme énonce au profit des individus un droit d'action en vue d'obtenir une indemnisation, ce recours doit primer la protection diplomatique. Les individus pourraient alors faire valoir leurs prétentions comme ils l'entendent et recevraient toute indemnisation octroyée. La protection diplomatique est de toute façon une procédure politique lourde: même lorsque toutes les conditions de son exercice sont réunies, il est fréquent que l'État n'aille pas au-delà des démarches initiales. En insérant une telle clause finale, on éviterait d'avoir à examiner la question de savoir si l'individu doit consentir à l'exercice de la protection diplomatique.

33. M. PELLET dit qu'une clause « sans préjudice » a déjà été adoptée à la cinquante-sixième session, au projet d'article 17, et que cet article pourrait peut-être être modifié pour indiquer que le projet d'articles est sans préjudice des conséquences spécifiques de l'exercice de la protection diplomatique. M. Pellet souligne qu'il s'est toujours demandé ce qu'était précisément la « protection diplomatique ». Selon le principe *Mavrommatis*, la protection diplomatique peut être exercée soit par la voie judiciaire soit par la voie diplomatique. Selon M. Pellet, même des démarches officieuses auprès d'un État responsable d'un fait internationalement illicite sont une forme de protection diplomatique; les procédures de la protection diplomatique sont beaucoup plus souples que les procédures judiciaires, et n'ont assurément pas à être lourdes, contrairement à ce qu'affirme M. Economides. Le fait que le projet d'articles ne précise pas quelles sont les procédures ou formalités minimales de l'exercice de la protection constitue une autre grave lacune.

34. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, dit que M. Economides a distingué entre la procédure d'exercice de la protection diplomatique, qui peut avoir ou ne pas avoir un effet immédiat, et la procédure judiciaire, qui est beaucoup plus longue et coûteuse.

35. M. BROWNLIE dit que les discours académiques sur le statut de l'individu en droit international ne sont pas très instructifs; la Commission devrait accorder moins d'attention aux abstractions et davantage au monde réel. Les individus sont des chambres d'écho pour les groupes d'intérêt; effectivement, par le passé, le Parlement du Royaume-Uni a été une chambre d'écho pour les intérêts des planteurs blancs au Kenya et a été utilisé pour avaliser les mauvais traitements infligés à d'autres êtres humains. Il est déplorablement irréaliste de parler d'« individus » dans l'abstrait, tandis que dans le monde réel la protection diplomatique consiste à manipuler des individus au service de certains intérêts. Même si la Commission décide à l'avenir d'examiner la question distincte de ce que sont les conséquences pratiques du statut juridique de l'individu en droit international, elle ne contribuera pas nécessairement au développement progressif du droit international: se contenter de parler du statut juridique de l'individu n'est pas en soi « progressiste », mais révèle simplement un manque total de réalisme et de connaissance de l'histoire.

36. M. ECONOMIDES, répondant à M. Pellet, dit que bien entendu tout exercice de la protection diplomatique commence par une démarche diplomatique, par exemple la convocation de l'ambassadeur d'un pays au Ministère des affaires étrangères. Une telle action appelle l'attention du gouvernement sur telle ou telle affaire, et le gouvernement décide alors d'exercer ou non sa protection diplomatique. Les négociations au niveau diplomatique sont l'étape suivante, et les recours judiciaires sont disponibles une fois les négociations achevées. Toutefois, une démarche initiale ne constitue pas en elle-même l'exercice de la protection diplomatique: si le gouvernement ne va pas plus loin, la protection diplomatique n'est pas exercée.

37. M. PELLET croit comprendre que M. Economides estime qu'une démarche effectuée avant l'épuisement des recours internes ne constitue pas la protection diplomatique, mais il pense toujours, quant à lui, qu'une démarche effectuée après ce moment, même de manière informelle, relève du sujet.

38. Il conteste par ailleurs l'affirmation de M. Brownlie selon laquelle les membres qui ont pris la parole au cours du débat n'ont pas le sens des réalités: en fait, ils ont à eux tous énormément d'expérience pratique. De plus, chacun sait très bien que le mot « individu » est une manière commode de désigner les personnes privées en général. M. Pellet a lui-même toujours préféré éviter de prendre des exemples dans le domaine des droits de l'homme, estimant que les exemples pris dans le domaine des investissements – lesquels sont après tout à l'origine de la protection diplomatique – sont plus éclairants.

39. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il estime que nombre des points soulevés au cours du débat le seront de nouveau durant l'année à venir par les États et les universitaires. Il remercie les membres de la Commission pour leurs propositions, en particulier sur la manière de traiter de la question du versement de l'indemnisation à l'individu lésé. C'est avec beaucoup de plaisir qu'il a entendu M. Pellet parler au nom de l'école « droits-de-l'hommiste », à laquelle il nie normalement toute allégeance.

La séance est levée à 11 h 30.

2847e SÉANCE

Mercredi 1er juin 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, Mme Xue, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 11 de l'ordre du jour]

DÉCLARATION DE L'OBSERVATRICE DU COMITÉ JURIDIQUE INTERAMÉRICAIN

1. Le PRÉSIDENT invite Mme Villalta Vizcarra, Observatrice du Comité juridique interaméricain, à présenter les activités de ce comité.

2. Mme VILLALTA VIZCARRA (Observatrice du Comité juridique interaméricain), après avoir retracé l'historique du Comité juridique interaméricain depuis sa fondation en 1906 à Rio de Janeiro, ses principaux objectifs et son mode de fonctionnement, expose les différents thèmes inscrits au programme de travail de ce comité. Le premier a trait aux aspects juridiques de l'application par les États des décisions des cours ou tribunaux internationaux ou d'autres organes remplissant des fonctions juridictionnelles, car si les États reconnaissent que les décisions internationales ont un caractère obligatoire, la plupart ne se sont pas dotés des dispositifs internes nécessaires pour les appliquer. À la demande de l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains (OEA), le Comité a élaboré un questionnaire qu'il a notamment soumis aux conseillers juridiques des chancelleries des États membres de l'OEA, portant sur les points suivants: tribunaux internationaux ou autres organes analogues à la juridiction desquels est soumis chaque État en vertu de traités ou d'autres instruments internationaux; dispositions constitutionnelles et législatives et pratiques administratives qui ordonnent, permettent ou facilitent l'application des décisions en question; décisions, sentences et autres arrêts internationaux rendus dans des différends auxquels l'État était partie, accompagnés si possible d'un résumé des dispositions essentielles; forme qu'a prise l'application de ces décisions, notamment textes juridiques adoptés à cette seule fin (lois, décrets, décisions, actes administratifs, etc.); et, s'il y a lieu, causes juridiques de la non-application. Des réponses concernant 11 États membres ont déjà été reçues et le Comité devrait soumettre son rapport sur la question en 2006.

3. Dans le cadre du deuxième thème, qui porte sur les aspects juridiques de la sécurité interaméricaine, le Comité examine les normes applicables à l'intervention de l'OEA en matière de paix et de sécurité internationales, en tenant compte, conformément à la demande formulée par l'Assemblée générale de l'OEA dans sa résolution AG/RES 2042 (XXXIV-O/04), de la « Déclaration sur la sécurité dans les Amériques » que la Conférence spéciale sur la sécurité a adoptée à Mexico en octobre 2003 et du caractère multidimensionnel (politique, économique, social et culturel) que revêt cette question. À cet égard, le Comité a conclu que la Déclaration sur la sécurité dans les Amériques constitue une expression solide de la volonté politique des États membres de l'OEA de donner une impulsion au processus de développement progressif du droit international.

4. Le troisième thème, qui intéresse aussi la CDI, est celui des conférences spécialisées interaméricaines sur le droit international privé qui sont chargées du développement progressif du droit international. Le Comité, qui contribue aux travaux préparatoires des conférences, a examiné, en vue de la septième Conférence, la question de la loi applicable et de la compétence de la juridiction internationale en ce qui concerne la responsabilité civile extracontractuelle. Il a conclu qu'il était possible d'élaborer une loi type ou une convention sur la responsabilité civile extracontractuelle dans les domaines des accidents de la route, sur le modèle du Protocole de San Luis relatif à la responsabilité civile en matière d'accidents de la circulation qui s'applique à tous les États membres du MERCOSUR, de la responsabilité du fait des produits et des dommages environnementaux transfrontières. La septième Conférence spécialisée devrait également examiner, notamment, la question du commerce électronique.

5. Le quatrième thème est celui des aspects juridiques de l'interdépendance entre démocratie et développement économique et social, analysé à la lumière de l'article premier de la Charte démocratique interaméricaine, qui dispose que « la démocratie est essentielle au développement social, politique et économique des peuples des Amériques ». Le Comité examine les interventions en cas de rupture de l'ordre juridique constitutionnel mais aussi les mesures nécessaires au développement économique et social compte tenu, notamment, des recommandations de la Réunion de haut niveau sur la pauvreté, l'équité et l'inclusion sociale qui s'est tenue du 8 au 10 octobre 2003 à Isla de Margarita (Venezuela), qui figurent dans la Déclaration de Margarita, du Consensus de Monterrey[1], des Déclarations et Plans d'action émanant des Sommets des Amériques et des objectifs énoncés dans la Déclaration du Millénaire[2].

6. Dans le cadre du cinquième thème, intitulé « Action conjointe des Amériques dans la lutte contre la corruption et l'impunité », le Comité juridique interaméricain a réalisé, pour donner suite à la demande de l'Assemblée générale de l'OEA, une étude portant sur les effets juridiques de l'octroi du refuge dans des pays de la région ou extérieurs à la région à des fonctionnaires et des personnes accusées de délits de corruption après avoir exercé des charges politiques et les cas dans lesquels il est possible d'envisager le cas de violation de la loi ou de l'abus de

---

[1] Nations Unies, *Rapport de la Conférence internationale sur le financement du développement, Monterrey (Mexique), 18-22 mars 2002* (numéro de vente: F.02.II.A.7), chap. I, résolution I.

[2] Résolution 55/2 de l'Assemblée générale, en date du 8 septembre 2000.

droit à l'égard du principe de la double nationalité, car la corruption est considérée comme faisant partie de la criminalité transnationale organisée. L'OEA a également prié le Comité de tenir compte, lors de sa session annuelle, des textes suivants: la Convention interaméricaine contre la corruption, et en particulier l'entraide et la coopération judiciaires; la Convention des Nations Unies contre la corruption, et en particulier la coopération internationale et le principe selon lequel la corruption est un cas d'extradition; la résolution de son Assemblée générale sur la lutte contre la corruption [AG/RES. 2022 (XXXIV-O/04)]; la jurisprudence internationale en matière de «nationalité effective ou lien authentique», en particulier l'arrêt de la CIJ dans l'affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)*; et la sentence de la Cour permanente d'arbitrage de La Haye dans l'affaire *Canevaro (Italie c. Pérou)*. Cette étude s'est également fondée sur le projet d'articles sur la protection diplomatique élaboré par la CDI, en particulier les projets d'articles 1er et 7[3], qui prévoient qu'un État a le droit de déterminer la nationalité des personnes et, dans le cas de nationalités multiples, de prendre en compte la nationalité prédominante, terme également employé par la Commission de conciliation italo-américaine dans l'affaire *Mergé*, qui peut être considérée comme le point de départ du développement du droit coutumier actuel.

7. La fraude à la loi se produit lorsqu'une personne ayant une double nationalité exploite la possibilité qu'elle a de se placer sous l'empire d'une loi plus favorable que celle qui devrait normalement s'appliquer. Dans ce cas, pour déterminer la nationalité effective d'une personne, on prend en considération la nationalité que cette personne a toujours utilisée dans ses relations sociales, familiales et professionnelles, comme on l'a vu dans l'affaire *Nottebohm* et l'affaire *Canevaro*. Dans ce domaine, il y a eu un développement progressif du droit international, de sorte que quand l'État requérant réclame une personne accusée de corruption qui est un national de l'État requis, c'est la nationalité prédominante qui est prise en compte aux fins d'extradition, c'est-à-dire la nationalité qu'avait cette personne lorsqu'elle a commis les actes en question. Le Comité juridique interaméricain a conclu que les principes relatifs à la nationalité dominante et à la nécessité d'un lien effectif pour déterminer la nationalité ont été établis dans le contexte de la protection diplomatique établie par le droit international. Cependant, il considère que certaines conclusions découlant du contexte de la protection diplomatique peuvent s'appliquer dans le domaine de l'extradition, même si elles ne reflètent pas nécessairement l'état actuel du droit international. Ainsi, en cas de conflit de nationalité, si la nationalité de l'État requérant est la nationalité dominante, prédominante ou le lien authentique et effectif, l'extradition ne doit pas être refusée au seul motif de la nationalité. En outre, lorsque la nationalité est acquise ou invoquée à des fins de fraude à la loi ou d'abus du droit, l'extradition ne doit pas être refusée au seul motif de la nationalité. Ces conclusions auraient pour effet juridique d'éviter de laisser impunis les délits de corruption, d'entraver les objectifs généraux de la justice pénale internationale et la coopération judiciaire entre les États, de mettre à mal la primauté du droit dans les relations internationales et de nuire aux intérêts des États qui demandent l'extradition. Le Comité estime qu'elles peuvent contribuer au développement progressif du droit international, à la réalisation des objectifs et au renforcement de la justice internationale.

8. Au programme du Comité figure également la préparation de la célébration de son centenaire et l'organisation à cette fin de cinq réunions sur le thème «Comité juridique interaméricain: un siècle de contributions au droit international», qui porteront sur les principaux apports du Système interaméricain dans les domaines du droit international privé, du maintien de la paix et de la sécurité internationales, de la juridiction internationale et du droit économique.

9. Le Comité doit également réexaminer les conventions interaméricaines sur le droit international privé. Il a notamment suggéré la création, lors de la septième Conférence spécialisée sur la question, d'une commission chargée d'analyser les raisons pour lesquelles le nombre de ratifications de ces conventions et d'États participant à ces conférences diminue et les lois types ne sont pas appliquées.

10. Enfin, durant la période intersessions, le Comité juridique interaméricain est entré en contact avec le Centre de justice des Amériques en vue d'établir des liens de coopération dans le domaine de l'administration de la justice aux Amériques et, éventuellement, d'élaborer des principes généraux d'éthique judiciaire qui permettraient de rendre la justice plus accessible.

11. Parmi ses autres activités, le Comité organise tous les ans depuis 1974 un cours de droit international. En 2005, il aura lieu du 1er au 26 août et aura comme thème principal: «La contribution des organismes internationaux au droit international actuel.» En outre, il se réunit tous les deux ans avec les conseillers juridiques des Ministères des relations extérieures des États membres de l'OEA et a examiné lors de la dernière réunion, en août 2003, les questions suivantes: sécurité de l'hémisphère; mécanismes permettant de remédier aux graves violations récurrentes du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme et de les prévenir, et rôle de la Cour pénale internationale à cet égard; programme juridique interaméricain; aspects juridiques de l'exécution des décisions des tribunaux internationaux ou d'autres organes internationaux ayant des fonctions juridictionnelles. Enfin, le Comité publie des rapports annuels qui peuvent être consultés sur le site Internet de l'OEA (www.oas.org).

12. M. ECONOMIDES se dit satisfait d'apprendre que le Comité juridique interaméricain se penche sur des questions importantes du droit international, dont certaines sont également examinées par la Commission. Il pense notamment aux travaux que le Comité consacre au respect des sentences des organes judiciaires internationaux et aux aspects juridiques de la sécurité interaméricaine, dont il attend les résultats avec beaucoup d'intérêt.

13. En ce qui concerne la coopération entre la CDI et le Comité juridique interaméricain, M. Economides considère qu'elle devrait aller au-delà d'un simple échange d'informations et devrait notamment inclure un soutien plus dynamique aux projets de la CDI. Par exemple,

[3] *Voir Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.2.

le projet sur la responsabilité de l'État, qui a occupé la Commission pendant plus de 50 ans, a été achevé en 2001, mais la question de la forme définitive qu'il prendra reste ouverte, l'Assemblée générale ayant décidé de se prononcer à ce sujet en 2007. Lorsqu'il s'agit de questions hautement juridiques comme celle de la responsabilité de l'État, il serait utile que tous les organes de droit international adoptent une position plus responsable en examinant de manière approfondie les projets de la CDI et, le cas échéant, en émettant un avis sur la forme finale qu'ils devraient prendre. Les organismes régionaux de droit sont les mieux placés pour expliquer les enjeux aux États de leur région. Ainsi, M. Economides est convaincu que si le Comité juridique interaméricain avait pris position sur le projet d'articles relatif à la responsabilité de l'État, davantage d'États américains auraient appuyé sa thèse, ce qui aurait accéléré l'adoption de l'instrument. Le Président actuel du Comité, M. Sacasa, ayant participé à l'élaboration de ce projet d'articles lorsqu'il était membre de la CDI, a sans doute une opinion personnelle sur la question.

14. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO, souscrivant aux observations de M. Economides, appelle lui aussi à une coopération plus active entre la CDI et le Comité juridique interaméricain. Dans l'intéressant programme de travail du Comité, M. Rodríguez Cedeño relève l'étude sur le rapport entre la démocratie et le développement économique et social, qui ne pourra que renforcer la Charte démocratique interaméricaine que l'OEA a adoptée en 2001. Un autre sujet important est celui de l'exécution des décisions prises par des juridictions internationales. M. Rodríguez Cedeño ne doute pas que les recommandations du Comité juridique interaméricain en la matière seront des plus utiles aux États de la région, qui ont dû, par exemple, adapter leur législation suite à l'adoption du Statut de Rome. Enfin, en ce qui concerne la corruption, M. Rodríguez Cedeño note qu'il existe déjà deux instruments interaméricains sur ce thème et demande comment les travaux du Comité juridique interaméricain vont s'articuler par rapport à ces deux instruments.

15. M. MATHESON dit qu'il s'intéresse particulièrement au sujet de l'exécution des décisions prises par des juridictions internationales car il existe actuellement aux États-Unis une controverse sur la manière dont les autorités des États (par opposition aux autorités fédérales) peuvent appliquer des décisions contraignantes de la CIJ. Il voudrait savoir si le Comité juridique interaméricain s'est déjà penché sur cette question, à savoir l'exécution des décisions de juridictions internationales dans le contexte du fédéralisme.

16. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA salue l'extrême vitalité du Comité juridique interaméricain, dans lequel il voit un véritable laboratoire préparant l'action politique de l'OEA. Le Comité donne aussi une image du régionalisme juridique interaméricain, qui ne date pas d'aujourd'hui, et qui a notamment apporté une contribution importante à la question de la protection diplomatique. Le régionalisme tient lieu de cadre d'impulsion à l'élaboration de la règle de droit d'ambition mondiale. À ce titre, il joue un rôle de relais par rapport à l'universalisme, en favorisant la transmutation de certaines ambitions.

17. Un autre constat de M. Pambou-Tchivounda est que le régionalisme interaméricain peut être appréhendé sous deux éclairages: l'éclairage continental, puisque l'OEA regroupe tous les États du continent, mais aussi un éclairage transcontinental, incarné par des organisations telles que l'Organisation internationale de la francophonie, qui compte parmi ses membres des États américains. Ce transcontinentalisme est une dynamique complémentaire qui n'est nullement en contradiction avec la dimension continentale.

18. Le Comité juridique interaméricain s'intéresse à la question de la sécurité dans le contexte régional. Or, selon la nouvelle conception de la sécurité, celle-ci ne se réduit plus à l'état de non-guerre mais fait intervenir des éléments tels que la démocratie, le niveau de vie de la population, etc. Cette question touche donc aussi celle de l'interdépendance entre la démocratie et le développement socioéconomique, qui est dans l'air du temps depuis que les grandes organisations financières internationales comme la Banque mondiale et le FMI ont constaté l'échec des plans d'ajustement structurel qui, au lieu de déboucher sur le développement, ont accentué la misère. On sait maintenant qu'il n'y a pas de développement sans démocratie et l'action menée vise avant tout à promouvoir la démocratisation. M. Pambou-Tchivounda se dit satisfait d'apprendre que le Comité juridique interaméricain s'occupe de cette question et il attend avec intérêt comment il abordera cette problématique et quelles suggestions il formulera.

19. M. CHEE demande à M^me^ Villalta-Vizcarra, dans le contexte de l'affaire *Canevaro* qu'elle a évoquée dans son intervention, si le Comité juridique interaméricain est en mesure d'aider le Gouvernement péruvien à faire le nécessaire pour extrader Fujimori, qui est lui aussi impliqué dans une affaire de corruption.

20. Sa deuxième question porte sur la définition de la sécurité à laquelle travaille le Comité juridique interaméricain. Il se demande comment les travaux du Comité s'articulent avec l'Article 51 de la Charte des Nations Unies, qui concerne la légitime défense et l'agression armée.

21. Enfin, citant l'exemple de l'Union européenne qui a progressivement élaboré un système juridique communautaire, M. Chee voudrait savoir pourquoi, étant donné les liens étroits qui unissent les pays d'Amérique latine, les juristes de ces pays n'ont pas mis en place les conditions permettant la cristallisation d'un droit latino-américain.

22. M. CANDIOTI, s'associant lui aussi à l'observation de M. Economides, appelle de ses vœux une coopération accrue entre le Comité juridique interaméricain et la CDI et pense qu'il serait particulièrement utile que le Comité examine les travaux de la Commission et lui fasse part de ses commentaires et réactions. Il note avec satisfaction que le Comité juridique interaméricain n'hésite pas à aborder des thèmes actuels, comme la sécurité internationale et régionale, l'interdépendance entre démocratie et développement économique et social et la lutte contre la corruption. Il se félicite également de ce que le Comité tienne compte des travaux de la Commission, notamment en matière de protection diplomatique et de nationalité.

23. M. Candioti se dit particulièrement intéressé par les conclusions que le Comité tirera de ses travaux sur la tendance des États à ne pas ratifier les instruments juridiques internationaux. Enfin, il se demande si la documentation du Comité est accessible en ligne, comme l'est celle de la Commission du droit international.

24. Mme ESCARAMEIA demande à Mme Villalta Vizcarra quelles sont les réactions des États de la région aux travaux du Comité juridique interaméricain. Elle souhaiterait aussi savoir quelles relations le Comité entretient avec d'autres organes dans le monde, tels que le Conseil de l'Europe ou l'Institut de droit international, et si ces relations consistent uniquement en un échange d'informations ou si elles donnent lieu à des activités conjointes. Par ailleurs, elle appuie la proposition de M. Economides en faveur d'un approfondissement des relations entre la CDI et le Comité juridique interaméricain.

25. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, souhaiterait connaître le rôle que joue le Comité juridique interaméricain en matière d'harmonisation des législations des pays membres de l'OEA, en particulier dans les domaines de la grâce, de la prescription des crimes et de l'amnistie.

26. Mme VILLALTA VIZCARRA (Observatrice du Comité juridique interaméricain), répondant aux questions des membres de la Commission, indique, au sujet des aspects juridiques de la sécurité interaméricaine, que le Comité juridique interaméricain s'efforce de préciser cette notion à la lumière des conclusions contenues dans la Déclaration sur la sécurité dans les Amériques, adoptée par la Conférence spéciale sur la sécurité, tenue à Mexico en octobre 2003. Le Comité étudie en particulier la possibilité de réformer la Charte de l'OEA afin d'y incorporer la question du caractère multidimensionnel de la sécurité, qui en est absente actuellement.

27. En ce qui concerne l'exécution des décisions des tribunaux internationaux, le Comité juridique interaméricain examine les rapports qui lui ont été soumis par les États membres de l'OEA. Cette question soulève un problème d'harmonisation dans la mesure où, en Amérique, les systèmes juridiques relèvent soit de la *common law* soit du droit romaniste. Ainsi, dans certains États, l'exécution des décisions est du ressort de l'exécutif, alors que dans d'autres le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire interviennent également. Le Comité doit donc recevoir et examiner l'ensemble des rapports des États avant de formuler des recommandations et de définir, en collaboration avec les tribunaux internationaux, la meilleure manière d'appliquer les décisions de ces juridictions. Mme Villalta Vizcarra rappelle par ailleurs que le Statut de la Cour de justice centraméricaine prévoit que les décisions de cette juridiction sont exécutées selon les mêmes modalités que celles des tribunaux internes.

28. En ce qui concerne la responsabilité des États, le Comité juridique interaméricain considère qu'il serait utile de développer la collaboration entre les différentes organisations qui travaillent sur cette question, compte tenu de la complémentarité qui existe entre les systèmes régionaux et le système universel. Dans les trois régions du continent américain, l'Amérique du Nord, l'Amérique du Sud et les Caraïbes, l'une des tâches du Comité est de renforcer l'harmonisation des systèmes juridiques. À cet égard, Mme Villalta Vizcarra précise que les 11 juristes membres du Comité juridique interaméricain sont originaires de toutes ces régions. À l'heure actuelle, le Comité travaille à l'élaboration d'une loi-cadre sur la lutte contre le terrorisme.

29. Pour ce qui est de la démocratie et du développement socioéconomique, Mme Villalta Vizcarra indique que le rapporteur sur la question a notamment pour tâche de coordonner les divers travaux existant en la matière. Le Comité juridique interaméricain a activement participé à l'élaboration de la Charte démocratique interaméricaine, adoptée en 2001 au Pérou, et il étudie la possibilité de lui donner force obligatoire. Mme Villalta Vizcarra signale à ce sujet que le Nicaragua a été le premier État à solliciter l'application de la Charte à titre préventif et que l'OEA a envoyé une mission dans ce pays afin d'examiner la question.

30. S'agissant de la corruption et de l'impunité, le Comité juridique interaméricain s'attache actuellement à améliorer la Convention interaméricaine sur l'extradition. Il réfléchit également aux moyens de développer l'entraide judiciaire pénale et la coopération judiciaire, surtout en ce qui concerne les délits transnationaux. L'OEA lui a demandé de réfléchir également à la question de la corruption, et de mettre au point un formulaire pour les demandes d'entraide judiciaire. Il existe d'ailleurs au sein du Comité juridique interaméricain un mécanisme chargé du suivi de l'application de la Convention interaméricaine contre la corruption (MESICIC). Enfin, l'un des thèmes de réflexion du Comité est la lutte contre le crime organisé international.

31. Mme Villalta Vizcarra fait observer que la plupart des arrêts de la Cour interaméricaine des droits de l'homme sont acceptés par les États membres de l'OEA qui ont reconnu la compétence de la Cour, mais que ceux-ci rencontrent des problèmes pratiques pour les exécuter; le Comité joue donc auprès d'eux un rôle de conseil en la matière.

32. S'agissant des relations avec d'autres organes et organismes, Mme Villalta Vizcarra dit que le Comité juridique interaméricain entretient des relations de travail avec divers organismes, en particulier des universités, et qu'il souhaite conclure une convention de coopération avec le Centre d'études judiciaires des Amériques, portant notamment sur l'administration de la justice.

33. Répondant à la question du Président, elle indique que le Comité s'efforce de coordonner les législations des pays de la région dans les trois domaines en question. Il réfléchit également aux problèmes que peut poser l'interdiction, pour les États d'Amérique latine qui ont aboli la peine de mort, de la réintroduire, conformément aux dispositions de la Convention interaméricaine des droits de l'homme, ainsi qu'aux questions soulevées par le fait que l'interdiction de l'emprisonnement à perpétuité prévue par la Constitution de certains États est incompatible avec le Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

34. Enfin, M^me^ Villalta Vizcarra indique que le rapport annuel du Comité juridique interaméricain, son Statut et son règlement, ainsi que le cours de droit international organisé par l'Institut peuvent être consultés sur le site Internet de l'OEA (www.oas.org).

La séance est levée à 11 h 50.

2848e SÉANCE

Vendredi 3 juin 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M^me^ Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kolodkin, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (*fin*[*]) [A/CN.4/549 et Add.1, sect. A, A/CN.4/547 et A/CN.4/553, A/CN.4/556, A/CN.4/L.666/Rev.1]

[Point 3 de l'ordre du jour]

Rapport du Comité de rédaction

1. M. MANSFIELD (Président du Comité de rédaction), présentant le titre et le texte des projets d'articles adoptés par le Comité de rédaction le 27 mai 2005 et reproduits dans le document A/CN.4/L.666/Rev.1, dit que le Comité a tenu quatre séances sur le sujet, les 25, 26 et 27 mai 2005. Le Comité a examiné les projets d'articles 8 à 16 que lui avait renvoyés la Commission plénière au cours de la présente session. Le Comité a également réfléchi, pour les projets d'articles adoptés jusqu'alors, à une structure qu'il recommande à la Commission. M. Mansfield indique qu'il va d'abord présenter les projets d'articles avant d'en expliquer la structure.

2. Le titre et le texte des projets d'articles se lit comme suit:

Première Partie

LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

Chapitre Premier

INTRODUCTION

[Art. 1, 2 et 3[1]]

Chapitre II

ATTRIBUTION D'UN COMPORTEMENT À UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

[Art. 4, 5, 6 et 7[2]]

Chapitre III

VIOLATION D'UNE OBLIGATION INTERNATIONALE

Article 8
Existence de la violation d'une obligation internationale

1. Il y a violation d'une obligation internationale par une organisation internationale lorsqu'un fait de ladite organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.

2. Le paragraphe 1 s'applique également à la violation d'une obligation relevant du droit international énoncée par une règle de l'organisation.

Article 9
Obligation internationale en vigueur à l'égard d'une organisation internationale

Le fait d'une organisation internationale ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'organisation internationale ne soit liée par ladite obligation au moment où le fait se produit.

Article 10
Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait d'une organisation internationale n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.

2. La violation d'une obligation internationale par le fait d'une organisation internationale ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.

3. La violation d'une obligation internationale requérant d'une organisation internationale qu'elle prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

Article 11
Violation constituée par un fait composite

1. La violation d'une obligation internationale par une organisation internationale à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.

2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à l'obligation internationale.

Chapitre IV

RESPONSABILITÉ D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE À RAISON DU FAIT D'UN ÉTAT OU D'UNE AUTRE ORGANISATION INTERNATIONALE

Article 12
Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

Une organisation internationale qui aide ou assiste un État ou une autre organisation internationale dans la commission du fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où:

---

[*] Reprise des débats de la 2844e séance.

[1] Pour ces projets d'articles et les commentaires y relatifs, adoptés à titre provisoire par la Commission, voir *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.2, par. 54.

[2] Pour ces projets d'articles et les commentaires y relatifs, adoptés à titre provisoire par la Commission, voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.2, par. 72.

a) ladite organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et

b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation.

Article 13
Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

Une organisation internationale qui donne des directives à un État ou à une autre organisation internationale et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

a) ladite organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et

b) le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation.

Article 14
Contrainte sur un État ou une autre organisation internationale

Une organisation internationale qui contraint un État ou une autre organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

a) le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État ou de l'organisation internationale soumis à la contrainte; et

b) l'organisation internationale qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

Article 15 [16][3]
Décisions, recommandations et autorisations adressées aux États membres et organisations internationales membres

1. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant un État membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale.

2. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si:

a) elle autorise un État membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale, ou si elle recommande à un État membre ou à une organisation internationale membre de commettre un tel fait; et

b) cet État ou cette organisation internationale commet le fait en question en s'appuyant sur cette autorisation ou cette recommandation.

3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'État membre ou l'organisation internationale membre auquel s'adresse la décision, l'autorisation ou la recommandation.

Article 16 [15][4]
Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale qui commet le fait en question, ou de tout autre État ou organisation internationale.

3. M. MANSFIELD (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité précise que les projets d'articles 8 à 15, tels que proposés par le Rapporteur spécial, correspondent aux articles 12 à 19 figurant aux chapitres III et IV du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[5]; comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, les questions que soulève la violation d'une obligation internationale par une organisation internationale et la responsabilité d'une organisation internationale en relation avec un fait d'un État ou d'une autre organisation internationale sont pour la plupart identiques à celles qui se posent en matière de responsabilité de l'État et il n'y a aucune raison que la Commission adopte une approche différente. Le Rapporteur spécial a identifié deux questions propres aux organisations internationales qui doivent être envisagées au paragraphe 2 du projet d'article 8 et au projet d'article 16. La plénière est convenu avec le Rapporteur spécial que dans la mesure où les questions étaient les mêmes, les articles correspondants sur la responsabilité de l'État devaient être conservés moyennant des modifications minimales; cette approche est nécessaire pour éviter les conflits d'interprétation à l'avenir. Les deux exceptions qui ont suscité un débat substantiel en séance plénière ont été renvoyées au Groupe de travail et les textes proposés par ce dernier pour le paragraphe 2 de l'article 18 et pour l'article 16 ont également été examinés par le Comité de rédaction.

4. Le projet d'article 8 correspond à l'article 12 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, qui concerne l'existence d'une violation d'une obligation internationale; au paragraphe 1, les mots « un État » ont été remplacés par « une organisation internationale ». Le paragraphe dispose qu'il y a violation d'une obligation internationale par une organisation internationale lorsqu'un fait de cette organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci. La plénière a jugé ce paragraphe acceptable et le Comité de rédaction n'en a pas modifié le texte.

5. De longues discussions ont eu lieu en plénière sur le point de savoir si le paragraphe 2 était nécessaire. Le Groupe de travail créé par la Commission a recommandé de le conserver et proposé un texte, qui a été accepté par la plénière et renvoyé au Comité de rédaction, lequel l'a examiné longuement. Certains membres ont réservé leur position mais le Comité a finalement décidé de proposer pour le paragraphe 2 le texte actuel, qui n'a guère été modifié par rapport à celui recommandé par le Groupe de travail.

6. Pour certains membres du Comité de rédaction, ce paragraphe 2 pose une difficulté, à savoir qu'il n'ajoute rien à ce qui est déjà dit au paragraphe 1 mais crée une ambiguïté inutile quant à la nature des règles d'une organisation internationale. Ce paragraphe indique que certaines règles de l'organisation peuvent engager la responsabilité internationale sans donner de critères ni d'indications pour déterminer lesquelles. Pour d'autres membres, la difficulté consiste à identifier le droit qui s'applique dans le contexte du paragraphe 2; par exemple, sont-ce les règles de l'organisation qui donnent à leur violation le caractère d'un fait internationalement illicite ou est-ce le droit international général qui prévoit que la violation de certaines règles de l'organisation est internationalement illicite? De plus, pour les mêmes membres, il n'y a pas de certitude quant au droit applicable s'agissant de déterminer les conséquences d'un tel fait internationalement illicite – là encore, ce peut être le droit international général ou les règles de l'organisation. On a également dit craindre que l'incertitude marquant le paragraphe 2 n'amène les

[3] Le chiffre entre crochets renvoie à l'article correspondant dans le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/553).

[4] Ibid.

[5] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76, p. 26.

organisations internationales à sélectionner elles-mêmes les règles de l'organisation relevant de ce paragraphe, une situation qui n'est pas souhaitable.

7. La majorité des membres du Comité de rédaction ont estimé que le paragraphe 2, bien que portant sur une matière en gros couverte par le paragraphe 1, complétait utilement ce dernier en indiquant spécifiquement que la violation de certaines règles de l'organisation pouvait constituer un fait internationalement illicite. Le paragraphe 2 souligne un point important dans le contexte de la responsabilité des organisations internationales et bien que la question aurait pu être abordée dans le commentaire du paragraphe 1, on a jugé utile de la faire figurer dans le texte de l'article lui-même. Le commentaire du projet d'articles expliquera pour quelles raisons cette disposition a été insérée et précisera qu'il ne s'agit pas de déclarer de manière définitive quelles règles de l'organisation font partie du droit international.

8. S'agissant de la rédaction, le Comité est convenu que les mots « en principe » n'étaient pas suffisamment clairs s'agissant d'un texte normatif. Il a aussi décidé qu'au lieu de viser une « obligation internationale » comme au paragraphe 1 et dans d'autres projets d'articles, il convenait d'utiliser la formule « violation d'une obligation relevant du droit international », ce pour souligner que l'obligation visée était une obligation découlant du droit international; cette formule a la même signification que « obligation internationale ».

9. Le titre du projet d'article 8 est le même que celui de l'article 12 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

10. Les projets d'articles 9 à 14 sont identiques aux articles 13 à 18 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État; ils n'ont pas posé de problème en plénière et le Comité n'a recommandé que des modifications mineures.

11. Le projet d'article 15 correspond au projet d'article 16 proposé par le Rapporteur spécial. Ce projet d'article est nouveau et n'a pas d'équivalent dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État; il traite des situations dans lesquelles une organisation internationale utilise les décisions, recommandations et autorisations qu'elle adresse à ses membres pour se soustraire à ses propres obligations. Le projet d'articles a fait l'objet d'un long débat en plénière et au Comité de rédaction. Le Groupe de travail créé par la Commission a présenté un texte révisé que le Comité a pris pour base de ses travaux.

12. Si les projets d'articles 12 à 14 traitent de l'attribution d'une responsabilité à une organisation internationale pour le comportement d'un État ou d'une organisation internationale, le projet d'article 15 traite de la responsabilité s'agissant du comportement d'un État ou d'une organisation internationale membre de l'organisation internationale en question. La difficulté que posait la rédaction de cet article tenait à l'absence de référence empirique. Si la possibilité de tels incidents existe en théorie, il n'existe pas, dans la pratique, d'exemples clairs susceptibles d'aider à la formulation. L'autre difficulté tenait au fait que les décisions, recommandations et autorisations constituent une large catégorie, qui comprend une vaste gamme de déclarations faites au sein des organisations internationales et de leurs divers organes et par ceux-ci dont la valeur normative et l'autorité tout comme les buts sont différents. De plus, les mesures prises au stade de l'exécution ou de l'application peuvent revêtir une certaine importance dans le cadre du projet d'articles.

13. Le Comité de rédaction, suivant l'approche adoptée par le Groupe de travail, a distingué entre les décisions « obligatoires » et les actes « non obligatoires ». Les actes non obligatoires comprennent, notamment, les recommandations et les autorisations. Ces actes peuvent être appelés autrement, mais c'est leur caractère non obligatoire et le fait qu'ils sont adressés aux membres afin qu'ils adoptent un certain comportement qui comptent.

14. Le paragraphe 1 du projet d'article 15 est fondé sur le texte proposé par le Groupe de travail et traite des décisions obligatoires des organisations internationales. Le Groupe de travail a proposé un texte prévoyant qu'une organisation internationale engage sa responsabilité si elle adopte une décision obligeant un État ou une organisation membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite si elle le commettait elle-même. Le Comité de rédaction a estimé que la dernière partie du paragraphe posait des difficultés, en précisant que le fait devait être un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par l'organisation elle-même. En pratique, les organisations internationales adoptent des décisions obligatoires pour permettre à leurs membres de faire certaines choses qu'elles ne peuvent faire elles-mêmes: par exemple, elles peuvent adopter une décision obligeant un État ou une organisation internationale à enquêter sur des crimes de guerre ou des crimes contre l'humanité et engager des poursuites y relatives, n'ayant pas elles-mêmes le pouvoir de le faire. Le paragraphe vise les situations dans lesquelles l'organisation utilise des décisions obligatoires pour ses membres pour se soustraire à une obligation internationale qui lui est propre. Le Comité de rédaction a donc ajouté à la fin du paragraphe l'idée que l'organisation se soustrairait à une obligation. Tel qu'il est actuellement libellé, le paragraphe renvoie à une décision obligeant à commettre un fait qui non seulement serait illicite s'il était commis par l'organisation internationale mais qui soustrairait aussi celle-ci à une de ses obligations internationales. Le commentaire explicitera le sens de la notion de fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par l'organisation internationale elle-même.

15. Le paragraphe 1 du projet d'article 15 n'exige pas que le fait en question soit commis. Ce point a été longuement débattu en séance plénière. Aux termes de la proposition du Rapporteur spécial, la commission du fait était une condition de la responsabilité, mais la recommandation du Groupe de travail ne prévoyait pas cette condition, et c'est la base sur laquelle la disposition a été renvoyée au Comité de rédaction. La logique de cette approche était que l'adoption d'une décision obligatoire de cette nature suffisait à engager la responsabilité de l'organisation. On a estimé que dans une telle situation c'était le fait de placer les membres devant un tel dilemme qui engageait la responsabilité et que celle-ci ne dépendait pas de la commission par les membres du fait concerné. De plus, si la commission du fait devait être une condition de l'illicéité, un État ou une organisation internationale

potentiellement lésé risquerait de n'avoir pas la possibilité de demander des mesures préventives avant que le fait soit commis.

16. Le paragraphe 2 du projet d'article 15 traite des résolutions non obligatoires, qu'il désigne par les termes « recommandations » et « autorisations ». Il est identique au paragraphe 1 à une différence près: le fait en question doit avoir été commis, une condition énoncée à l'alinéa *b*. La raison en est que l'État ou l'organisation internationale membre n'est pas obligé de suivre la recommandation ni de tirer parti de l'autorisation. La responsabilité de l'organisation internationale n'est donc engagée que si l'État ou l'organisation internationale membre non seulement commet le fait mais le commet en s'appuyant sur cette autorisation ou cette recommandation. L'objectif est de souligner le rôle crucial joué par celle-ci.

17. Certains membres du Comité de rédaction souhaitaient que, étant donné le grand nombre de résolutions non obligatoires adoptées par les organisations internationales, des garanties soient mises en place pour empêcher que la responsabilité de l'organisation puisse être engagée lorsque des États ou organisations internationales membres abusaient d'une résolution non obligatoire ou l'utilisaient de manière déraisonnable. Le paragraphe ne vise pas les situations dans lesquelles, par exemple, une recommandation ou autorisation obsolète est invoquée pour commettre un fait. Il ne vise pas non plus celles dans lesquelles un État ou une organisation internationale membre invoque une recommandation ou une autorisation dans un contexte dans lequel elle n'était pas censée s'appliquer ou lorsque les circonstances ont changé substantiellement depuis son adoption. S'appuyer sur l'autorisation ou la recommandation dans de telles situations serait déraisonnable. Les notions de « caractère raisonnable » et de « bonne foi » sont toutes deux pertinentes dans l'application de ce paragraphe, et le commentaire l'expliquera.

18. Lors de l'examen des paragraphes 1 et 2 du projet d'article 15, on s'est demandé s'il n'y avait pas de chevauchement avec les projets d'articles 13 et 14 qui traitent des directives et du contrôle et de la contrainte dans la commission d'un fait illicite, et plus précisément posent la question de savoir si le fait de prendre des décisions obligatoires ou de faire des recommandations ou de donner des autorisations pouvait entrer dans la champ d'application de l'un quelconque des autres articles. Il a été admis qu'il y avait peut-être un chevauchement, à tout le moins avec les projets d'articles 12 et 13, mais que c'était beaucoup moins sûr en ce qui concerne le projet d'article 14 parce que la contrainte, du moins dans le contexte de la responsabilité de l'État, devait être plus factuelle et constituer une force majeure. Il est en effet peu probable que des décisions, même obligatoires, d'une organisation internationale satisfassent nécessairement à ce critère rigoureux. Il s'agit de questions qui devront être tranchées au cas par cas. Quoi qu'il en soit, le Comité de rédaction n'a relevé aucun problème particulier de chevauchement entre ces articles et les paragraphes 1 et 2 de l'article 15.

19. Le paragraphe 3 du projet d'article 15 clarifie les paragraphes 1 et 2 et est fondé sur le texte proposé par le Rapporteur spécial, avec certaines modifications rédactionnelles. Il dispose que la responsabilité de l'organisation internationale en question est engagée en vertu des paragraphes 1 et 2 même si le fait en cause n'est pas illicite pour l'État ou l'organisation membre auquel s'adresse la décision, l'autorisation ou la recommandation.

20. Le projet d'article 15 est intitulé « Décisions, recommandations et autorisations adressées aux États membres et organisations internationales membres ».

21. Le projet d'article 16 a été proposé par le Rapporteur spécial en tant que projet d'article 15, et est calqué sur l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, moyennant de légères modifications. Le débat qui a eu lieu en plénière a montré que les membres étaient favorables à ce projet d'article, même si on a posé des questions sur le point de savoir si son application devait être limitée aux projets d'articles 12 à 14, comme le Rapporteur spécial le proposait dans son troisième rapport (A/CN.4/553), puisque le paragraphe 3 de son projet d'article 16 contenait une clause « sans préjudice » spécifique couvrant également la responsabilité. Le Comité de rédaction a préféré que le projet d'article 16 prenne la forme d'une clause « sans préjudice » générale. Ce projet d'article prévoit que la responsabilité de l'État ou de l'organisation internationale qui a commis le fait illicite avec l'aide et l'assistance de l'organisation internationale, sous sa direction et son contrôle ou sous sa contrainte demeure intacte, que cette responsabilité soit engagée en vertu des dispositions des projets d'articles ou en vertu de toute autre règle de droit international. Le projet d'article n'affecte pas la responsabilité de tout autre État ou organisation internationale.

22. La différence entre l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État et le projet d'article 16 est dans la portée de la clause « sans préjudice ». À l'article 19, la responsabilité internationale est préservée en ce qui concerne toutes autres dispositions des articles sur la responsabilité de l'État. Au projet d'article 16, la clause « sans préjudice » est plus générale, préservant la responsabilité internationale susceptible d'être établie non seulement en vertu du projet d'articles, mais également en vertu de toute autre règle de droit international. Il a fallu utiliser un libellé de portée générale parce que les dispositions relatives à la responsabilité de l'État s'appliquent également à l'attribution de la responsabilité à un État.

23. Le projet d'article 16 est maintenant placé après le projet d'article 15 et la clause liminaire a été remplacée par les mots « Le présent chapitre est sans préjudice… » Cette modification a été apportée au texte parce que le Comité de rédaction a conclu que le projet d'article s'appliquait non seulement aux projets d'articles 12 à 14 mais aussi au projet d'article 15, dispositions qui figurent maintenant toutes dans le même chapitre. Le titre du projet d'article a aussi été modifié et est maintenant identique à celui de l'article 19 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

24. Ayant présenté les projets d'articles 8 à 16, le Président du Comité de rédaction appelle l'attention des membres sur la structure que propose le Comité de rédaction pour les articles adoptés jusqu'alors par la Commission. Certains membres ont déclaré en séance plénière

qu'il serait utile de diviser le projet d'articles en parties et en chapitres. Telle était également l'opinion du Comité de rédaction, qui a donc proposé que les articles 1 à 16 soient rangés dans quatre chapitres. Là encore, le Comité de rédaction s'est inspiré de la structure du projet d'articles sur la responsabilité de l'État dans la mesure où cela était pertinent s'agissant de la responsabilité des organisations internationales. Les projets d'articles 1 à 16 appartiennent à ce qui constitue, dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, la première partie, qui définit les conditions générales de la responsabilité. Le titre de la première partie du projet sur la responsabilité des organisations internationales est le même que celui de la première partie du projet sur la responsabilité de l'État, moyennant une modification, à savoir le remplacement des mots « un État » par les mots « une organisation internationale ».

25. Le chapitre premier comprend les projets d'articles 1 à 3. Le chapitre premier du projet d'articles sur la responsabilité de l'État était intitulé « Principes généraux ». Dans le contexte du sujet à l'examen, ces règles sont énoncées dans le projet d'article 3. Les projets d'articles 1 et 2 traitent non de principes généraux mais du champ d'application et des définitions. Pour cette raison, le Comité de rédaction a décidé d'intituler le chapitre premier « Introduction ».

26. Le chapitre II comprend les projets d'articles 4 à 7. Comme dans le projet sur la responsabilité de l'État, il définit les conditions d'attribution d'un comportement. Le Comité de rédaction recommande donc de conserver le titre utilisé dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, moyennant une modification, ce chapitre II étant intitulé « Attribution d'un comportement à une organisation internationale ».

27. Le chapitre III comprend les projets d'articles 8 à 11 et, là encore comme dans le cas de la responsabilité de l'État, il définit en termes généraux les conditions dans lesquelles un comportement constitue une violation d'une obligation internationale. Le Comité de rédaction a donc conservé le même titre, « Violation d'une obligation internationale ».

28. Le chapitre IV comprend les projets d'articles 12 à 16 et traite, comme dans le cas de la responsabilité de l'État, de certaines situations exceptionnelles dans lesquelles une organisation internationale peut voir sa responsabilité engagée à raison du comportement d'un État ou d'une autre organisation internationale. Le titre du chapitre est le même que celui du chapitre correspondant du projet sur la responsabilité de l'État, avec la modification qui s'impose; ce titre est le suivant: « Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale ».

29. Le PRÉSIDENT invite la Commission à adopter le titre et le texte des projets d'articles 8 à 16 présentés par le Comité de rédaction.

Le titre et le texte des projets d'articles 8 à 16 sont adoptés.

30. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite adopter le rapport du Comité de rédaction sur la responsabilité des organisations internationales dans son ensemble, ainsi que la structure proposée par le Comité de rédaction pour les projets d'articles 1 à 16 de la première partie.

Il en est ainsi décidé.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

31. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a reçu, du Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique, une invitation à se faire représenter à la quarante-quatrième session de cette organisation, qui doit se tenir à Nairobi du 27 juin au 1er juillet 2005. Il se dit prêt à représenter la Commission en cette occasion.

Il en est ainsi décidé.

32. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a reçu, du Directeur du Secrétariat de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, une invitation à se faire représenter à la quatrième session de l'Assemblée, qui doit se tenir à La Haye du 28 novembre au 3 décembre 2005. M. Dugard s'est déclaré prêt à représenter la Commission en cette occasion.

Il en est ainsi décidé.

33. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a achevé les travaux de la première partie de sa cinquante-septième session.

La séance est levée à 10 h 50.

---

[*] Reprise des débats de la 2844e séance.

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA SECONDE PARTIE DE LA CINQUANTE-SEPTIÈME SESSION

tenue à Genève du 11 juillet au 5 août 2005

2849e SÉANCE

Lundi 11 juillet 2005, à 15 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Hommage à la mémoire de M. Qizhi He

1. Le PRÉSIDENT indique que le secrétariat a été informé de la disparition de M. Qizhi He, qui a été membre de la Commission du droit international de 1994 à 2001. Conseiller juridique du Ministère des affaires étrangères de Chine et professeur de droit international à l'Université de Beijing, M. Qizhi He était aussi membre de plusieurs sociétés savantes et auteur d'un grand nombre d'articles et d'ouvrages sur le droit international, notamment le droit de l'espace. Les membres de la Commission s'en souviennent comme d'un collègue aimable et toujours prêt à offrir ses conseils, fruits de sa longue et riche expérience de théoricien et praticien éminent du droit international. Sa disparition représente une perte immense pour le droit international et pour ceux qui l'ont connu personnellement.

Sur l'invitation du Président, les membres de la Commission observent une minute de silence en hommage à la mémoire de M. Qizhi He.

Expulsion des étrangers (A/CN.4/554[1])

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL

2. Le PRÉSIDENT invite M. Kamto, Rapporteur spécial, à présenter son rapport préliminaire sur l'expulsion des étrangers (A/CN.4/554).

3. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'il considère qu'en décidant de s'atteler concrètement à l'étude de l'expulsion des étrangers la Commission a pris une décision judicieuse. Il s'agit d'abord d'une question fort ancienne, étroitement liée à l'organisation des sociétés humaines sous la forme des États, et pourtant plus actuelle que jamais dans la mesure où elle souligne le paradoxe qui existe entre un monde globalisé aux plans technique et économique, mais en même temps très cloisonné par les barrières de souveraineté politique qui opèrent comme un filtre de l'immigration. C'est ensuite un sujet qui soulève de vraies questions de droit international et qui, en raison de la densité de la pratique qu'il a générée sur tous les continents, se prête à la codification. Il s'agit là, en effet, d'un sujet pour lequel il n'existe pas, comme c'est souvent le cas, une pratique nationale ou régionale au niveau de quelques régions ou dans quelques grands États seulement: l'expulsion des étrangers touche toutes les régions du monde, et il existe dans tous les pays une législation nationale en la matière qui permet de dégager, le cas échéant, des principes généraux de droit applicable dans l'ordre juridique international. S'agissant en outre d'un phénomène qui met en jeu les droits de la personne humaine, nombre de ses aspects sont abordés dans les nombreuses conventions internationales existant en matière de droits de l'homme.

4. Le Rapporteur spécial précise qu'il n'a pas voulu se lancer d'emblée dans l'élaboration de projets d'articles: il lui a en effet semblé que l'étape d'un rapport préliminaire était nécessaire pour proposer à la Commission des indications sur sa compréhension du sujet et les questions méthodologiques que suscite celui-ci, afin de recevoir, le cas échéant, des orientations ou des précisions sur la meilleure manière de l'aborder. Le rapport préliminaire qui est soumis à la Commission vise donc à donner une vue d'ensemble du sujet, en essayant de mettre en évidence les problèmes juridiques qu'il soulève et les difficultés méthodologiques liées à leur examen. Le Rapporteur spécial indique qu'il donne dans ce rapport une esquisse de la notion d'expulsion des étrangers, puis un aperçu du droit d'expulsion en droit international: il s'agit d'un droit inhérent à la souveraineté de l'État et qui n'a jamais été mis en doute. Les motifs de l'expulsion peuvent quant à eux varier, même s'ils ne sont pas tous admis en droit international, tant il est vrai que l'expulsion de l'étranger met en

[1] Reproduit dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).

cause des droits protégés, en particulier les droits fondamentaux de la personne humaine, à la violation desquels le droit international attache des conséquences juridiques.

5. Le rapport contient en outre, en son annexe I, une esquisse de plan de travail qui fait ressortir le schéma d'élaboration des futurs rapports du Rapporteur spécial sur le sujet. Il s'agit d'un projet à discuter qui, s'il recueille l'approbation de la Commission, permettra au Rapporteur spécial de s'attaquer, dans le premier rapport qu'il se propose de présenter à la Commission l'année suivante, aux règles générales en matière d'expulsion des étrangers, en particulier au champ d'application du futur projet d'articles. Le Rapporteur spécial indique qu'il est bien entendu ouvert à tout enrichissement de ce plan de travail, de même qu'il sait d'avance gré aux membres de la Commission de toutes les informations bibliographiques complémentaires qu'ils pourraient souhaiter vouloir ajouter à la bibliographie non exhaustive que constitue l'annexe II du rapport préliminaire.

6. Du point de vue de la terminologie, une question s'est notamment posée, celle de savoir s'il convenait de parler d'« expulsion » des étrangers, un terme qui à l'examen de la législation comparée en la matière recouvre un phénomène beaucoup plus limité que celui d'« éloignement » des étrangers. Le terme « expulsion » a été conservé, au moins à titre provisoire, quitte à préciser qu'il est entendu dans son acception la plus large. De même, s'est posée la question de savoir s'il fallait parler de l'expulsion d'autres catégories de personnes que les étrangers. Il appartiendra à la Commission de voir quelle est la terminologie appropriée, mais le terme « étrangers » semble pour le Rapporteur spécial englober l'ensemble des catégories de personnes visées.

7. Plus fondamentalement, des questions d'ordre méthodologique se sont aussi posées au sujet desquelles le Rapporteur spécial souhaiterait que la Commission lui fournisse quelques orientations. C'est ainsi qu'il se demande quel traitement il faudra accorder aux règles conventionnelles existant sur le sujet. Plus précisément, faudra-t-il intégrer ces règles dans le futur projet d'articles de façon à parvenir à un régime qui soit le plus complet possible en la matière, ou bien le projet d'articles à élaborer devra-t-il s'en tenir à la formulation des principes de base pour combler le cas échéant les lacunes du droit international sur le sujet? Le Rapporteur spécial précise qu'il est favorable à l'élaboration d'un régime complet sur le sujet, quand bien même le droit conventionnel offrirait des éléments susceptibles d'être intégrés dans le futur projet d'articles, nombre des règles en la matière se trouvant d'une part dans les législations nationales comparées et d'autre part dans la jurisprudence internationale, notamment celle des juridictions régionales des droits de l'homme, mais il reste naturellement ouvert aux suggestions des membres de la Commission et attend les indications que cette dernière voudra bien lui donner.

8. M. GAJA félicite le Rapporteur spécial d'avoir produit un rapport clair et utile. Il fait observer que la principale question soulevée par le Rapporteur spécial a trait au champ d'application de l'étude sur l'expulsion. Cette question est épineuse en raison des liens existant entre l'expulsion d'étrangers et leur admission sur le territoire. Il n'est d'ailleurs pas sûr que la Commission puisse utilement contribuer à la réglementation d'une matière aussi politiquement sensible que le contrôle de l'immigration. C'est pourquoi il serait sans doute préférable de limiter la portée du sujet aux mesures qui concernent les étrangers résidents, même si l'on pourrait envisager d'inclure dans l'étude les étrangers qui séjournent depuis longtemps dans un pays, fut-ce en situation irrégulière.

9. Par ailleurs, M. Gaja se réjouit de la position du Rapporteur spécial qui propose de retenir une définition aussi large que possible de l'expulsion. Or, la définition esquissée au paragraphe 13 du rapport pourrait laisser entendre que l'expulsion consiste uniquement en une mesure officielle visant à faire sortir un individu d'un territoire. Il serait utile d'inclure dans la définition les situations où des étrangers sont contraints de quitter le territoire sans en avoir reçu l'ordre formel. M. Gaja rappelle à cet égard la définition d'« expulsion » qu'a donnée le Tribunal des différends irano-américains en 1985 [*International Technical Products Corporation* v. *The Government of the Islamic Republic of Iran*, p. 18].

10. En ce qui concerne les motifs de l'expulsion, le Rapporteur spécial propose que la Commission s'en tienne aux motifs acceptables. Ainsi, la Convention relative au statut des réfugiés reconnaît le motif d'atteinte à l'« ordre public », ou à la « sécurité nationale » (art. 32). Cependant, dans la mesure où l'État expulsant dispose d'un large pouvoir d'appréciation, il serait difficile pour un organe de contrôle de parvenir à une conclusion différente de celle de l'État en question.

11. D'autres questions relatives à la licéité de l'expulsion doivent être examinées. Elles peuvent être classées en quatre catégories. Premièrement, la mesure d'expulsion doit être conforme à la loi, comme le prévoient expressément divers instruments internationaux. Une question qu'il convient de se poser dans ce contexte est celle de savoir si l'expulsion pourrait être utilisée comme une forme déguisée d'extradition. Deuxièmement, les mesures d'expulsion doivent être conformes au principe de non-discrimination. Troisièmement, l'intérêt de l'État qui prend la mesure d'expulsion doit être évalué au regard des droits de l'individu à une vie privée et à une vie familiale. Quatrièmement, il y a la question des risques auxquels la mesure d'expulsion expose celui qui en fait l'objet. Ainsi, la Convention contre la torture et autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants fait interdiction aux États d'expulser une personne vers un autre État où il existe de bonnes raisons de croire qu'elle encourra un risque de torture. Il faut prêter une attention particulière dans ce contexte aux garanties procédurales, notamment aux recours dont les intéressés peuvent se prévaloir pour éviter l'expulsion. Il convient de noter à cet égard que le respect des droits de l'homme est particulièrement menacé en cas d'expulsion collective.

12. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA remercie le Rapporteur spécial de la clarté de son rapport et le félicite d'avoir correctement articulé les interrogations que soulève le sujet. Il sait gré à M. Gaja d'avoir essayé de regrouper les questions qui se posent s'agissant des motifs de l'expulsion. D'autres questions restent ouvertes, comme la forme que prendra le projet d'articles, celle d'un régime ou celle de principes directeurs. Comme il s'agit d'un rapport préliminaire, certains éléments ne sont pas encore à leur

place et il est bon que le Rapporteur spécial ait laissé le soin à la Commission de participer à la réorganisation de l'étude du sujet.

13. Pour sa part, M. Pambou-Tchivounda a relevé que l'expulsion peut être abordée comme un fait juridique, mais aussi comme un acte unilatéral, puisque l'État en décide en toute souveraineté. Sa deuxième question concerne le statut de l'étranger expulsable. En effet, il convient de rappeler que les étrangers ne sont pas tous logés à la même enseigne, selon que leur statut est reconnu par l'État d'accueil, codifié par les us et coutumes, voire par les conventions. De ce fait, tous les étrangers ne sont pas « expulsables » dans la même mesure.

14. S'agissant des motifs d'expulsion, il est évident que la compétence en la matière relève de la souveraineté nationale. Cependant, la légalité de la décision entre elle aussi en jeu. Celle-ci peut être appréhendée sous l'angle du droit national et sous l'angle du droit international. Cela conduit à se poser la question de la justiciabilité du droit d'expulser. La Commission devra donc se pencher sur la problématique de la justiciabilité des mesures d'expulsion sur le plan du droit international. Enfin, M. Pambou-Tchivounda s'interroge sur le rapport entre les deux États concernés ou, le cas échéant, entre l'État et l'organisation internationale concernés. Cette relation met forcément en jeu l'institution de la protection diplomatique, qui peut être considérée comme un élément du régime d'expulsion ou, plus justement, comme un obstacle à la capacité d'expulser.

15. M. DUGARD souhaiterait obtenir des précisions sur la délimitation du projet. Il lui semble en effet que le Rapporteur spécial veut traiter la question des étrangers expulsés selon des procédures irrégulières, et non celle de l'expulsion massive de populations. M. Dugard pense en particulier aux Palestiniens expulsés de Palestine lors de la création de l'État d'Israël, puis à nouveau à l'issue de la guerre de 1967, aux Chypriotes grecs expulsés du territoire de Chypre-Nord occupé par la Turquie, ainsi qu'aux expulsions massives qui ont suivi la dissolution de la Yougoslavie. Il est parfois difficile de définir le statut de l'individu, mais dans tous ces cas les personnes qui ont été expulsées n'avaient pas la nationalité du pays qui les a expulsées et pouvaient donc être considérées comme des étrangers. M. Dugard n'a pas d'opinion arrêtée sur le champ du projet, mais il pense qu'il faudrait peut-être y inclure la question de l'expulsion massive de populations, malgré les difficultés que cela peut soulever.

16. Mme ESCARAMEIA dit que le rapport préliminaire du Rapporteur spécial soulève des questions fondamentales, en particulier celle de savoir comment concilier le droit souverain d'un État d'expulser et les exigences du droit international, notamment le droit international relatif aux droits de l'homme.

17. Selon Mme Escarameia, le champ d'application du sujet devrait être très large, et inclure les situations dans lesquelles un conflit armé donne lieu à l'expulsion forcée de populations, ainsi que l'expulsion de travailleurs ou d'étrangers en situation irrégulière. En revanche, la non-admission ou le refus d'admission d'étrangers ne devrait pas faire partie du sujet. Il serait par ailleurs préférable de parler d'« expulsion », terme plus technique, que d'« éloignement », notion plus ambiguë.

18. La définition qui est donnée au paragraphe 13 semble trop étroite: l'expulsion y est qualifiée d'acte juridique, alors qu'il s'agit souvent d'un simple acte administratif. Mme Escarameia propose de définir l'expulsion comme tout acte par lequel un État oblige un individu ou un groupe d'individus d'une nationalité différente à quitter son territoire. En ce qui concerne les expulsions collectives, la plus grande prudence s'impose car, contrairement à ce que l'on prétend souvent, ces expulsions ne sont pas autorisées en droit international: toute décision d'expulsion doit viser l'individu et non le groupe. La question mérite certes d'être étudiée, mais sans toutefois admettre qu'il s'agit d'une pratique autorisée.

19. S'agissant de la méthodologie, Mme Escarameia partage l'avis du Rapporteur spécial, selon lequel la Commission devrait élaborer un projet d'articles constituant un régime complet en la matière, plutôt qu'un régime subsidiaire.

20. Dans l'esquisse du plan de travail, il serait préférable d'intervertir les sections B (Définition) et A (Expulsion et notions voisines), voire de les fusionner, ces questions étant intimement liées. En ce qui concerne les principes généraux, il ne faut pas se contenter d'étudier le droit d'expulser inhérent à la souveraineté de l'État uniquement sous l'optique du droit coutumier, il faut aussi se pencher sur la doctrine, la jurisprudence internationale, les traités, etc. Par ailleurs, Mme Escarameia voudrait savoir s'il existe des exemples d'« intérêts supérieurs de l'État » autres que la sécurité de l'État et l'ordre public. Enfin, s'agissant des « expulsions collectives » ou du « droit au retour sur le territoire de l'État d'expulsion », elle estime qu'il conviendrait de parler de l'éventualité d'une « expulsion collective » ou du droit au retour, la question étant extrêmement controversée.

21. M. KOSKENNIEMI dit que l'approche suivie par le Rapporteur spécial dans l'esquisse du plan de travail révèle un problème plus général auquel la Commission se heurte depuis un certain temps et qui consiste à savoir ce qu'il convient de faire en premier lorsqu'un nouveau sujet est abordé. Le Rapporteur spécial, suivant en cela la tradition de la Commission, commence par définir le champ d'application du sujet et les notions fondamentales avant de recenser les règles coutumières et conventionnelles applicables. Loin de considérer ces aspects comme secondaires, M. Koskenniemi estime que certaines questions doivent être examinées avant d'aborder la dimension conceptuelle du champ d'application et des définitions. En l'occurrence, il s'agit des intérêts en jeu et des valeurs qui sont affectées par l'expulsion d'étrangers. Il serait donc très utile, selon lui, de disposer d'une étude générale faisant le point de l'état de la question au niveau international. Il semble en effet très difficile d'envisager la portée d'un texte législatif en la matière sans auparavant déterminer quelles sont les questions qui se posent et quels sont les personnes, les groupes, les entités et les États dont les intérêts sont en jeu. Tel qu'il est actuellement rédigé, le plan de travail est trop éloigné des problèmes concrets. Or, la Commission n'a pas pour tâche de rédiger un manuel sur la question, mais d'élaborer des règles.

22. Au paragraphe 5 du rapport, le Rapporteur spécial indique que « [l]a problématique centrale du sujet consiste à étudier comment concilier le droit d'expulser qui paraît inhérent à la souveraineté de l'État avec les exigences du droit international, en particulier les règles fondamentales du droit international des droits de l'homme ». D'une certaine manière, c'est là une façon naturelle d'aborder la question. Mais M. Koskenniemi déplore la tendance qui consiste à vouloir trouver un équilibre entre des valeurs opposées, revêtant globalement la même importance, réputées valables a priori. Selon lui, certaines des difficultés que la Commission a rencontrées dans l'examen de plusieurs sujets découlent de cette approche conceptuelle, qui présente l'inconvénient de déboucher sur des généralités excessives.

23. Les paragraphes 14, 15 et 16 du rapport semblent présumer qu'il existe un droit absolu d'expulser. Or, selon M. Koskenniemi, rien ne permet de l'affirmer, ni sur le plan juridique ni sur le plan de la pratique. Dans certaines situations, un État peut avoir des raisons valables d'expulser des étrangers, mais cela ne saurait suffire pour affirmer catégoriquement l'existence d'un tel droit. Il va de soi que les mêmes observations peuvent être faites au sujet des droits de la personne: il n'y a pas de raison pour affirmer que tout individu a le droit de résider sur un territoire quel qu'il soit. M. Koskenniemi invite donc le Rapporteur spécial à ne pas s'attarder sur des généralités et à formuler rapidement des propositions pratiques concernant les procédures en matière d'« expulsion ».

24. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, s'interroge sur le champ d'application du sujet. Il se demande en particulier si le Rapporteur spécial a l'intention d'étudier la question de la déportation des personnes vivant dans des territoires occupés en période de conflit armé. Il rappelle à cet égard que le Conseil de sécurité a évoqué cette question, et qu'il a parlé de « déportation » et non d'« expulsion ».

La séance est levée à 16 h 35.

2850e SÉANCE

Mercredi 13 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes (*suite*[*])

[Point 11 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT dit que les membres se souviendront que le 27 mai 2005 la Commission a tenu une réunion avec la Société européenne de droit international dans le cadre du Forum de recherche sur le droit international que la Société a organisé à Genève. Il vient de recevoir une lettre du juge Bruno Simma, le Président en exercice de la Société européenne de droit international, qui remercie les membres de la Commission d'avoir accepté de tenir cette séance commune, et remercie en particulier M. Gaja, le Rapporteur spécial sur la responsabilité des organisations internationales, d'avoir bien voulu prendre la parole devant le Forum à ce sujet. Selon le juge Simma, les participants ont estimé que cette séance avait constitué un des temps forts du Forum, et il se déclare particulièrement satisfait de la réaction des jeunes étudiants en droit international aux observations de M. Gaja.

Expulsion des étrangers (*suite*) [A/CN.4/554]

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

2. M. BROWNLIE dit que le sujet de l'expulsion des étrangers se révèle beaucoup plus complexe que prévu mais revêt également une importance considérable. Le rapport préliminaire exhaustif qu'a élaboré le Rapporteur spécial, M. Kamto, après des recherches approfondies est digne d'éloges. Une difficulté tient au fait que le terme admis, « expulsion », est purement descriptif. La complexité du sujet devient apparente lorsque la question des recours se pose. Si une personne est victime d'une expulsion illégale, sur quels fondements une réclamation peut-elle être présentée en droit international? Une version pourrait consister dans les violations des principes ordinaires de la responsabilité de l'État, et en particulier de ce que l'on appelle encore, dans le cadre des arbitrages, la norme internationale minimum, qui inclut le déni de justice, une notion qui, à tout le moins dans la doctrine des États-Unis, est souvent très large. Ainsi, il existe en premier lieu des droits de recours en termes de droit international général. Deuxièmement, il y a de nombreux traités bilatéraux énonçant des normes qui semblent rigoureuses s'agissant du traitement des étrangers et de leurs investissements, comme les traités d'amitié, de commerce et de navigation et les traités bilatéraux en matière d'investissement. Troisièmement, il est probable que certains traités relatifs aux droits de l'homme ouvrent des recours. Quatrièmement, dans les cas extrêmes, les expulsions pourraient relever des crimes internationaux, voire du génocide ou des crimes contre l'humanité. Enfin, il peut y avoir des violations de ce qui est presque certainement un principe général de non-discrimination en droit international, un principe qui transcende les traités.

3. Les principales difficultés, évoquées par le Rapporteur spécial lui-même concernent la portée du sujet. Au paragraphe 30 de son rapport, M. Kamto sollicite les vues des membres sur le point de savoir si l'étude doit porter

[*] Reprise des débats de la 2847e séance.

également sur les restrictions conventionnelles existantes en matière d'expulsion. Pour M. Brownlie, ces restrictions doivent être étudiées, pour des raisons pratiques: au moins dans certaines circonstances, peut-être des circonstances spéciales, la répétition de dispositions conventionnelles peut attester l'existence de principes du droit international général.

4. Le Rapporteur spécial semble favorable à une étude des cas d'expulsion licite. Ceci nécessiterait d'établir un long catalogue d'institutions, y compris l'extradition et la déportation dans le cadre d'une sanction. Si un tel catalogue peut être utile, il ne saurait être au centre de l'étude de la Commission.

5. Un autre problème, déjà évoqué par d'autres intervenants, tient à ce que l'on pourrait appeler les violations collatérales du droit international général. Si des groupes de personnes, notamment des personnes vulnérables comme les personnes âgées ou les femmes enceintes, sont bloquées à des postes frontières isolés sans aucune assistance de l'autre côté de la frontière, les modalités de l'expulsion constitueront elles-mêmes des violations du droit international, même si l'expulsion n'est pas en tant que telle contraire au droit international. Il en va de même du principe de la non-discrimination; une expulsion peut être en apparence légale mais relever en fait de la discrimination. Il y a des exemples analogues dans le droit de l'expropriation, une expropriation licite pouvant être jugée illicite si la discrimination est attestée, par exemple pour des motifs raciaux. Il s'agit toutefois de questions secondaires et M. Brownlie n'est pas sûr qu'elles ajoutent beaucoup au sujet à l'examen.

6. En réalité, le centre de gravité du sujet n'est pas l'expulsion ni le refus d'entrée, mais le contrôle que l'État exerce sur son territoire. M. Brownlie s'avoue très positiviste quant à l'importance des États et, même s'il sait qu'il est politiquement incorrect de le dire, il soutient que le système des droits de l'homme n'apporte toujours pas aux individus les soins et l'attention nécessaires. Nombre des situations les plus inhumaines découlent de l'effondrement d'États. Un État qui fonctionne bien dans des frontières correctement surveillées est ainsi, de l'avis conservateur de M. Brownlie, un des fondements les plus simples de la protection des droits de l'homme. C'est lorsque les États se désintègrent que les ennuis commencent. C'est pourquoi toute étude doit partir de l'idée que l'État a non seulement le droit mais aussi le devoir de contrôler son territoire et d'y maintenir l'ordre public. Tel doit être le contexte de ce que la Commission peut choisir d'appeler l'« expulsion des étrangers ».

7. Le terme « expulsion » n'est pas très adéquat parce qu'il recouvre une énorme variété de situations, y compris la présence illégale, les migrants « informels » et même les commerçants étrangers non autorisés. Au Ghana, par exemple, il était jadis courant pour les négociants étrangers d'entrer dans le pays sans aucune formalité. Lorsqu'ils sont devenus suffisamment nombreux, leur présence a parfois suscité des conflits avec les commerçants locaux et le gouvernement les a expulsés. Ces personnes étaient ce que l'on pourrait appeler des migrants informels: des gens qui n'ont pas été immédiatement expulsés ni contrôlés, mais qui, même si leur présence n'avait jamais été autorisée et si aucun statut ne leur avait été conféré, étaient tolérés. Une autre situation est celle dans laquelle le souverain territorial modifie sa législation, par exemple sur la délivrance d'autorisations aux commerçants, et que des gens qui jusque là étaient tolérés, ou même des visiteurs en situation régulière, se retrouvent dans l'illégalité et sont expulsés.

8. Durant le débat, on a évoqué les questions de l'autodétermination et d'entités étatiques, en songeant par exemple aux Palestiniens. Si M. Brownlie n'a nullement l'intention de minimiser l'importance du problème de l'expulsion des minorités, de la sécession forcée et de problèmes comparables, il n'est pas convaincu qu'ils entrent dans le mandat de la CDI. De même, il serait surpris si la Commission décidait de définir les étrangers. Se pencher sur la question de la nationalité serait trop ambitieux et M. Brownlie doute que la Sixième Commission compte que la CDI le fera.

9. Il y a aussi la question de l'existence d'un droit de résidence. Même si on laisse de côté les aspects techniques du droit de la nationalité, il était jadis courant, en particulier dans les grands traités de paix, d'accorder à certaines personnes le statut de résidents ou de domiciliés. Le droit de résidence ou de domicile accordé à un étranger assujettit-il son expulsion à des limitations? Sans parler de la question de savoir si dans de nombreux cas les résidents de longue date n'auraient pas de toute manière la nationalité effective de l'État concerné.

10. M. Brownlie indique que certaines déclarations figurant dans le rapport suscitent de sa part des critiques. C'est ainsi qu'il ne peut suivre le Rapporteur spécial lorsque celui-ci écrit, au paragraphe 16, que « l'État qui recourt à l'expulsion est tenu d'invoquer des motifs de nature à la justifier ». Il n'est pas certain qu'en l'absence d'un différend, ou si un autre État ou une institution n'intervient pas, le souverain territorial soit tenu de justifier l'expulsion. Le paragraphe 16 tend à contredire certaines des déclarations de principe qui figurent au paragraphe 15.

11. Il est question, au paragraphe 24, des « expulsions collectives », une expression qui, pour M. Brownlie, n'est pas très précise, car elle sous-entend généralement d'autres conditions, l'expulsion de 100 commerçants sans patente est-elle plus licite ou illicite que l'expulsion de cinq commerçants sans patente? Soit l'expression doit donc être plus précisément définie, soit il ne faut pas l'utiliser. Le paragraphe 26 évoque la possibilité que les États protègent leurs nationaux en exerçant leur protection diplomatique. M. Brownlie ne s'oppose pas aux développements consacrés à la question, mais il ne pense pas que la protection diplomatique relève du sujet à l'examen. Au paragraphe 30, le Rapporteur spécial indique qu'il souhaiterait proposer « un régime juridique le plus exhaustif possible, assis sur des principes généraux formant le socle juridique sur lequel repose l'expulsion des étrangers en droit international ». M. Brownlie dit qu'il ne veut pas se battre sur le principe, mais il a des doutes quant à ce qu'impliquerait un régime juridique exhaustif de ce type.

12. Enfin, se pose la question de la matière. M. Koskenniemi a déclaré que lorsqu'elle étudie un sujet, la Commission devrait s'efforcer d'analyser les intérêts en

jeu. La difficulté est qu'en l'espèce, une très large gamme d'intérêts spécialisés et divers sont en jeu, notamment les travailleurs migrants, les immigrants illégaux, les criminels internationaux et les délinquants en fuite. Il est ainsi difficile d'aller au-delà d'une analyse acceptant simplement le fondement politique du sujet et le contrôle licite qu'un État exerce sur son territoire, et posant que ce contrôle licite est un élément important de l'ordre public et de la capacité de cet État de s'acquitter de ses obligations au regard du droit international, y compris les normes en matière de droits de l'homme.

13. M. ADDO dit que le terme « expulsion » est couramment utilisé pour décrire l'exercice par l'État d'un pouvoir qui lui permet de faire sortir un étranger de son territoire, soit volontairement, soit sous la menace de la force, soit par la force. Le droit souverain des États d'expulser les étrangers est généralement reconnu en droit international. Peu importe que l'étranger ne soit qu'en visite temporaire ou se soit établi pour des raisons professionnelles, pour faire des affaires ou à d'autres fins. Si l'État jouit d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de ce droit, ce pouvoir discrétionnaire n'est pas absolu. Le droit international coutumier exige de l'État qu'il n'abuse pas de son droit en agissant de manière arbitraire lorsqu'il prend sa décision. Il doit aussi agir raisonnablement en ce qui concerne les modalités de l'expulsion. Chaque État peut utiliser ses propres critères pour définir les motifs d'expulsion d'un étranger. L'État de la nationalité d'un étranger expulsé peut faire valoir le droit de s'enquérir des raisons de l'expulsion. Il a été décidé dans un certain nombre d'affaires que les États doivent donner des raisons convaincantes pour justifier l'expulsion d'un étranger. Par exemple, dans l'affaire *Boffolo* (1903), dans laquelle un Italien avait été expulsé du Venezuela, la Commission mixte des réclamations Italie-Venezuela a considéré que les États jouissaient d'un droit général d'expulsion, mais qu'ils ne pouvaient l'utiliser que dans des circonstances extrêmes et de la manière la moins préjudiciable pour la personne affectée. De plus, les raisons de l'expulsion doivent être indiquées devant un tribunal international lorsque l'occasion l'exige. De nombreux systèmes internes prévoient que les autorités d'un pays peuvent expulser des étrangers sans donner de raisons. L'état du droit international coutumier est donc quelque peu confus et incertain.

14. Pour ce qui est du droit conventionnel, l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques dispose qu'un étranger qui se trouve légalement sur le territoire d'un État partie au Pacte « ne peut en être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et, à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, il doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion et de faire examiner son cas par l'autorité compétente, ou par une ou plusieurs personnes spécialement désignées par ladite autorité, en se faisant représenter à cette fin ».

15. L'expulsion ne doit pas causer de souffrances ou de dommages inutiles à l'étranger expulsé, ni de violences à son encontre. La mise en détention systématique des étrangers frappés par un arrêt d'expulsion doit être évitée, sauf lorsque l'étranger refuse de partir ou essaie d'échapper au contrôle des autorités étatiques. L'étranger doit normalement se voir accorder un délai raisonnable pour régler ses affaires personnelles avant de quitter le pays, et être autorisé à choisir le pays vers lequel il sera expulsé. Dans l'affaire *Yeager*, le Tribunal des différends irano-américains a accordé une indemnisation à un Américain expulsé d'Iran sans préavis à qui l'on n'avait donné que 30 minutes pour prendre quelques effets personnels, au motif que le droit international coutumier exige de l'État qu'il donne à l'étranger qu'il veut expulser suffisamment de temps pour régler ses affaires [p. 92 de l'arrêt].

16. En résumé, la fonction de l'expulsion est de protéger des intérêts essentiels de l'État et de préserver l'ordre public. Le pouvoir d'expulsion ne doit pas faire l'objet d'abus. Pour qu'il atteigne son objectif, il doit être exercé de bonne foi et non pour une raison sans rapport avec son but, comme le génocide, la confiscation de biens ou à titre de représailles illicites.

17. La fonction de l'expulsion, et l'exigence de la bonne foi, ont pour corollaire que l'expulsion doit être justifiée. L'État qui expulse doit faire valoir des motifs raisonnables, même s'il dispose d'une assez large marge d'appréciation pour décider s'il est porté atteinte à ses intérêts ou s'il existe une menace à la santé ou l'ordre publics. Le principe de la bonne foi et l'obligation de justifier l'expulsion exigent que compte soit dûment tenu des intérêts de l'individu, de ses droits fondamentaux et de ses intérêts personnels, y compris ses liens familiaux et autres avec l'État de résidence, ses intérêts patrimoniaux et ses autres intérêts légitimes, qui doivent tous être mis en balance avec les exigences de l'ordre public.

18. Le droit international exige que l'arrêté d'expulsion, pour être valide, soit pris conformément à la loi. Cette règle sous-entend une autre condition, à savoir qu'un recours effectif doit être ouvert pour contester un exercice illégal du pouvoir discrétionnaire d'expulser. L'expulsion elle-même doit être effectuée conformément aux normes générales du droit international relatives au traitement des étrangers, compte dûment tenu de la dignité de l'individu et des droits fondamentaux qui s'attachent à la personne humaine.

19. M. MANSFIELD dit que le rapport préliminaire constitue un tour d'horizon utile, et ne laisse aucun doute sur la complexité du sujet mais aussi sur l'importance de la contribution que la Commission peut apporter en la matière. Comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 5, le droit d'expulser paraît inhérent à la souveraineté de l'État. Pourtant, si récemment les États qui ont pris des mesures tendant à réduire les restrictions à l'entrée des marchandises étrangères, il n'y a pas eu de tendance similaire en ce qui concerne l'entrée des étrangers. Les raisons en sont complexes, mais il s'agit d'une réalité dont il est peu probable qu'elle change dans un avenir prévisible. Ce qui a changé, c'est l'état du droit international en ce qui concerne les droits des individus, et il faut tenir pleinement compte de cette évolution dans l'étude du sujet.

20. Le Rapporteur spécial appelle l'attention sur le fait que le sujet souffre de problèmes de définition étroitement liés à la question de la portée de l'étude de la Commission. Une de ces difficultés tient à ce que les lois

nationales ne traitent pas des questions qui intéressent la Commission sous des rubriques telles que « expulsion des étrangers ». Nombre des mesures légitimes aboutissant à la sortie d'un ressortissant étranger de la juridiction de l'État d'accueil sont prises en application de lois relatives à l'immigration ou à l'entrée temporaire à des fins professionnelles ou touristiques. Des mesures moins légitimes peuvent être prises en vertu de vastes pouvoirs conférés par des lois au titre innocent, ou sans aucun fondement législatif. M. Mansfield est donc d'accord avec ceux qui estiment que la Commission doit veiller à ce que les définitions qu'elle utilise, quelles qu'elles soient, couvrent les situations dans lesquelles des personnes ne sont pas légalement ou administrativement contraintes de partir mais n'ont pas en pratique la possibilité de rester.

21. M. Mansfield pense également qu'il serait nécessaire d'envisager, outre l'expulsion des étrangers qui sont licitement dans le pays, celle des ressortissants étrangers qui y sont entrés illégalement ou dont la présence est devenue illégale. Dans de nombreux pays, des étrangers peuvent être entrés légalement mais se retrouver en situation illégale parce qu'ils sont restés plus longtemps qu'ils n'y avaient été autorisés ou n'ont pas respecté une condition de leur autorisation d'entrée. Comme ceux qui sont entrés illégalement, peut-être n'ont-ils pas le droit de rester, mais ils ne sont pas dépourvus de droits de procédure, en particulier le droit d'être expulsés conformément à la loi. Ce droit doit assurément comprendre une possibilité de demander le réexamen de la décision d'expulsion pendant qu'ils sont encore dans le pays.

22. D'autre part, M. Mansfield est d'accord avec ceux qui ont répondu par la négative à la question du Rapporteur spécial de savoir si la Commission doit traiter des questions liées au refus d'admission de certaines personnes ou l'action consistant à les empêcher d'entrer. Si on laisse de côté les situations dans lesquelles il existe un différend sur le point de savoir si des personnes sont ou non entrées sur le territoire de l'État, le refus d'admettre certaines personnes ou le fait de les en empêcher semblent certainement se situer à la périphérie du sujet et leur étude compliquerait les travaux. Tout ceci montre que pour arrêter un plan de travail, la Commission doit identifier en termes assez larges les problèmes ou questions dont elle entend traiter.

23. Enfin, M. Mansfield n'a pas d'opinion bien arrêtée en ce qui concerne la question posée au paragraphe 30 du rapport concernant le traitement des règles conventionnelles existantes sur le sujet, mais il pense que l'objet des travaux de la Commission devrait être d'établir un texte exhaustif renvoyant le cas échéant aux conventions pertinentes.

24. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que l'examen du sujet est justifié en premier lieu par le grand nombre de personnes, maintenant plus de 100 millions au total, qui ont quitté leurs pays d'origine et, deuxièmement, par l'attitude conservatrice des États en matière d'immigration. Le Rapporteur spécial a posé des questions importantes, notamment celles de la portée du sujet et des définitions. Sur le premier point, le Rapporteur spécial a évoqué des questions connexes, comme l'extradition, l'asile, le refuge, le refoulement et la déportation, qui méritent d'être examinées de manière approfondie afin de bien les distinguer de la question de l'expulsion des étrangers proprement dite.

25. S'agissant des définitions, le terme « étranger » est très large, et comprend différentes catégories et différents groupes de personnes vivant sur le territoire d'un État autre que le leur et qui sont assujetties à différents régimes juridiques. Par exemple, les demandeurs d'asile sont régis, à tout le moins dans le contexte interaméricain, par la Convention sur l'asile territorial adoptée à Caracas en 1954. Les réfugiés ayant fait l'objet d'un déplacement forcé sont couverts par la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés et par le Protocole y relatif de 1967. Les travailleurs migrants constituent une autre catégorie de personnes déplacées, non par la force, mais à la recherche d'une vie meilleure, et leurs droits sont protégés par la Convention internationale de 1990 sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. Le terme « étranger » doit couvrir toutes ces catégories de non-nationaux, y compris les apatrides, qui sont protégés par la législation interne des États relative aux étrangers ou aux réfugiés et par des règlements internationaux.

26. Le Rapporteur spécial exclut à juste titre de l'étude les personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays qui ne relèvent du sujet que si, ayant traversé une frontière, elles deviennent demandeurs d'asile. Ceci fait intervenir un principe étroitement lié à l'expulsion, à savoir celui du non-refoulement, un principe fondamental de la législation internationale relative aux réfugiés, en particulier pour ce qui est des demandeurs d'asile, qui ne peuvent être arbitrairement renvoyés dans leur pays d'origine sans que leur demande d'asile ait été examinée. Ainsi, la législation interne des États et la réglementation internationale concernant la protection de catégories particulières de non-nationaux – une expression beaucoup plus appropriée qu'« étranger » – doivent être prises en considération lorsque l'on envisage la notion très large d'« étranger ».

27. En ce qui concerne le terme « expulsion », il est clair que l'État a le droit de réglementer l'entrée sur son territoire et, à l'inverse, d'expulser les non-nationaux. Toutefois, l'expulsion ne doit pas être arbitraire: elle doit être raisonnée et exprimée ou transmise au moyen d'un acte administratif afin de permettre à la personne concernée d'exercer un recours si elle estime que l'État a pris une mesure arbitraire. Le Rapporteur spécial et M. Pambou-Tchivounda ont à juste titre relevé que l'expulsion était un acte unilatéral de l'État. Toutefois, c'est un acte très différent des actes unilatéraux étudiés dans le contexte du sujet éponyme. Pour M. Rodríguez Cedeño, il est davantage lié à la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ou pour violation de sa réglementation interne, et à la protection diplomatique.

28. Le plan de travail proposé par le Rapporteur spécial à l'annexe I de son rapport couvre les principaux points qu'il faudra examiner dans le cadre de l'examen de ce sujet difficile et complexe. M. Rodríguez Cedeño espère que le Rapporteur spécial examinera certaines lois nationales, non seulement sur les étrangers en général mais aussi sur les travailleurs migrants, les réfugiés et les demandeurs d'asile en particulier, et se penchera

également sur la jurisprudence des juridictions régionales, par exemple la Cour interaméricaine des droits de l'homme, qui est sans aucun doute pertinente s'agissant du traitement des étrangers.

29. M. KOLODKIN note qu'au paragraphe 6 de son rapport, le Rapporteur spécial déclare que l'objet d'un rapport préliminaire est d'énoncer les problèmes que pose le sujet et de suggérer des approches, et non de proposer des solutions finales, et il estime que le rapport à l'examen réalise pleinement ces objectifs.

30. On ne peut qu'être d'accord avec le Rapporteur spécial lorsqu'il déclare que le droit d'expulsion est un droit inaliénable et souverain de l'État même si, après avoir lu les paragraphes 14 à 16 du rapport, on a l'impression que ce droit n'a pas évolué depuis le XIX^{e} siècle. Au paragraphe 16, le Rapporteur spécial fait observer à juste titre que le droit d'expulser n'est pas un droit absolu; parmi les facteurs qui en limitent l'exercice, on peut citer l'obligation de l'État de justifier l'expulsion. C'est ainsi que le chapitre III du rapport est consacré à une analyse des motifs d'expulsion, et au paragraphe 20 le Rapporteur spécial fait observer que le problème à résoudre est celui de savoir quels sont, parmi les nombreux motifs d'expulsion des étrangers, ceux qui sont admis par le droit international, ou *a contrario*, ceux qui sont interdits. Par la suite, au chapitre IV, le Rapporteur se penche sur les droits liés à l'expulsion et déclare notamment que l'exercice du droit d'expulser fait intervenir les droits des étrangers expulsés et ceux de leur État d'origine (par. 21).

31. Les motifs d'expulsion et la question de savoir s'ils sont internationalement licites sont assurément des questions importantes, mais pour M. Kolodkin, le problème doit être vu sous un angle légèrement différent. Il s'agit de savoir non si les motifs de l'expulsion sont licites mais comment le droit de l'État d'expulser, et les intérêts protégés par l'exercice de ce droit, sont liés ou, peut-être, en conflit avec les droits des personnes expulsées et leurs intérêts. Le droit de l'État d'expulser n'a pas de valeur en soi, bien que la souveraineté de l'État dont il découle soit quelque chose de précieux. Il est nécessaire, et il est protégé par le droit international, parce qu'il constitue un moyen de défendre les intérêts de la société sur le territoire de l'État, et de préserver l'ordre public et la sécurité de l'État et de ses citoyens. En d'autres termes, il constitue un moyen de défendre les droits de l'homme et, comme l'a souligné M. Brownlie, il s'agit à la fois d'un droit et d'un devoir de l'État.

32. Les droits et intérêts associés à l'expulsion doivent être corrélés avec les droits des personnes expulsées comme le droit à la vie privée et à la vie de famille, le droit d'être traité humainement et équitablement et de ne pas être soumis à la torture, non seulement par l'État qui expulse mais aussi par l'État de destination. Il s'agit simplement de certains droits des individus dont il faut pleinement tenir compte. C'est précisément le problème de la mise en balance de ces droits, obligations et intérêts qui est important, en particulier pour des juristes examinant la question. À cet égard, la pratique de la Cour européenne des droits de l'homme en matière d'expulsion est pleine d'intérêt. Dans sa décision rendue en 2003 dans l'affaire *Slivenko c. Lettonie* (GC), la Cour a déclaré que sa tâche consistait à déterminer si les mesures attaquées réalisaient un juste équilibre entre les intérêts en présence, à savoir les droits de l'individu protégés par la Convention d'une part et les intérêts de la société lettonne de l'autre [par. 113 de la décision]. Elle a réaffirmé que la Convention ne garantit aucun droit pour un étranger d'entrer ou de résider sur le territoire d'un État déterminé, et qu'il incombe aux États d'assurer l'ordre public, en particulier dans l'exercice de leur droit de contrôler, en vertu d'un principe de droit international bien établi et dans le respect de leurs obligations conventionnelles l'entrée et le séjour des étrangers sur leur territoire [par. 115 de la décision]. La Cour suit cette approche en matière d'expulsion depuis de nombreuses années.

33. C'est pourquoi ce n'est pas seulement ou principalement les motifs d'expulsion qui limitent le droit souverain des États, reconnu par le droit international, d'expulser les étrangers, mais bien les droits de l'individu protégés par le droit international. Il appartient à la Commission, dans l'étude du sujet, de réaliser un équilibre normatif entre les uns et les autres.

34. Au paragraphe 22, le Rapporteur spécial fait observer que la licéité de l'expulsion dépend de deux éléments: la conformité avec les procédures d'expulsion en vigueur dans l'État d'expulsion et le respect des droits fondamentaux de la personne humaine. Au paragraphe 23, il note que l'obligation de respecter les procédures prévues par la loi peut être considérée comme une obligation de droit international général. Toutefois, au paragraphe 27, il fait observer que la responsabilité de l'État expulsant peut découler du préjudice subi par les personnes expulsées irrégulièrement (règles de procédure) ou pour des motifs contraires aux règles du droit international (règles substantielles). En d'autres termes, le Rapporteur spécial revient à l'hypothèse selon laquelle les procédures d'expulsion ne sont prévues que par le droit interne, tandis que les droits substantiels de la personne expulsée sont protégés par le droit international. Cette hypothèse doit être rectifiée et conciliée avec le paragraphe 23, car le droit international contemporain consolide dans une certaine mesure le droit de l'individu à des procédures d'expulsion équitables et l'obligation des États de prévoir de telles procédures, comme en témoigne le Protocole n^{o} 7 à la Convention pour la sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

35. Lors de l'examen du sujet, des notions clés comme celles d'« expulsion » et d'« étranger » doivent être définies. Pour définir le terme « expulsion », il faut tenir compte, pour faire les distinctions nécessaires, des notions similaires mentionnées au paragraphe 8. À cet égard, M. Kolodkin cite un certain nombre de termes utilisés dans la législation russe qui n'ont pas d'équivalent dans d'autres systèmes juridiques. Il pense comme le Rapporteur spécial qu'aux fins du sujet, le terme « expulsion » doit être conservé mais pris dans son acception large. D'autre part, la définition proposée au paragraphe 13 mérite un examen plus approfondi. On peut douter qu'il soit opportun de parler d'un acte « juridique » par lequel un État contraint un individu à quitter son territoire, et il faut préciser quelles catégories d'individus sont concernées. La définition de l'expulsion englobe les nationaux d'un autre État, mais au paragraphe 7, le terme « étranger » est défini

comme couvrant non seulement les nationaux d'un État autre que l'État expulsant mais aussi les apatrides. Pourquoi, dans ces conditions, la définition du terme « expulsion » ne vise que les étrangers?

36. On a demandé si le Rapporteur spécial avait l'intention d'étudier l'expulsion de territoires occupés et, en général, en temps de conflit armé. Ces questions, pour M. Kolodkin, relèvent du droit international humanitaire et ne doivent pas être examinées dans le cadre du sujet à l'examen. Si le résultat des travaux de la Commission doit prendre la forme d'un projet d'articles, il faut qu'il contienne un article indiquant que le projet d'articles est sans préjudice des obligations que le droit international humanitaire impose aux États à l'égard des populations visées.

37. En réponse à un certain nombre de questions posées par le Rapporteur spécial au paragraphe 30 de son rapport, M. Kolodkin indique qu'un projet d'articles sur le sujet ne présente d'intérêt que s'il est complet, sans être toutefois exhaustif. Il voit mal comment les travaux pourraient se limiter à combler certaines lacunes du droit international conventionnel, car il est difficile de dire qu'il existe actuellement un régime conventionnel universel raisonnablement bien développé en la matière. Il approuve également l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 29 de son rapport, selon laquelle une analyse de la pratique régionale, notamment de la jurisprudence et des traités, est essentielle pour l'étude du sujet.

38. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que M. Kolodkin a évoqué l'expulsion vers un autre État. Ceci soulève la question de savoir si l'expulsion a toujours lieu d'État à État, ou si des États tiers ou de transit peuvent parfois intervenir. Dans l'affirmative, l'État de transit a-t-il des droits? Son consentement est-il requis? Peut-il s'opposer à la procédure d'expulsion?

39. M. FOMBA félicite le Rapporteur spécial de son rapport préliminaire qui est à la fois clair, concis et instructif. La liberté de mouvement des personnes et l'expulsion des étrangers sont des soucis majeurs des peuples et des États, car il est fréquent que les États commettent des abus en la matière. Pour ne citer que l'exemple du Mali, son pays, chaque jour au moins un Malien est expulsé de force du territoire français, et M. Fomba a indiqué qu'il a été en une occasion amené à protester officiellement contre le traitement inhumain réservé à l'un de ses compatriotes expulsé sur un vol de France à destination du Mali. De tels incidents sont légion et donnent l'impression que les États peuvent faire tout ce qu'ils veulent au nom de la souveraineté dans un domaine dans lequel le droit international est muet. Le rapport préliminaire donne la possibilité de réfuter l'idée erronée selon laquelle il existe un vide juridique, de rappeler les États à l'ordre et de garantir aux individus et groupes d'individus leurs droits fondamentaux.

40. Le rapport constitue une bonne introduction au problème central, à savoir comment concilier le droit d'expulser inhérent à la souveraineté avec les exigences du droit international et comment les interpréter du point de vue de la *lex lata* et de la *lex ferenda*. Les objectifs et l'approche générale décrits au paragraphe 6 semblent aller dans la bonne direction. Les paragraphes 7 à 13 posent le problème de la définition de la notion d'expulsion, mais le Rapporteur spécial ne fait pour le moment que solliciter l'avis de la Commission sur la méthode à suivre plutôt que sur le fond. Si M. Fomba approuve l'idée de préciser la notion d'expulsion dans un rapport ultérieur, il considère que la définition provisoire donnée au paragraphe 13 constitue une bonne base pour le débat.

41. Sur la question, soulevée dans la dernière phrase de ce paragraphe, de savoir s'il faut distinguer entre l'acte juridique d'expulsion et de franchissement physique de la frontière par la personne expulsée ou sa sortie du territoire concerné, quelques observations générales s'imposent. À première vue, il semble y avoir un lien logique entre la notion fondamentale d'expulsion des étrangers et des notions connexes comme la nationalité, le territoire, les frontières, le droit d'entrée, la résidence et l'établissement qui milite en faveur de la définition de cette notion comme à la fois un acte juridique et un événement juridique, en particulier si l'on distingue entre expulsion *de jure* et *de facto*. Les situations sont très diverses. Dans certains cas, même lorsque l'expulsion repose sur une décision judiciaire, l'exécution de la décision peut donner lieu à des faits illicites; dans d'autres cas, comme en temps de guerre ou en cas de rafle sur la personne d'étrangers résidents légaux ou illégaux, il n'y a pas de fondement juridique et de tels actes sont totalement arbitraires. M. Fomba pense avec le Rapporteur spécial que le droit d'expulser les étrangers relève du droit international (par. 16), la question étant de savoir dans quelle mesure.

42. Le rapport définit clairement les motifs de l'expulsion aux paragraphes 17 à 20, et M. Fomba convient que le problème est bien celui de savoir quels sont, parmi les nombreux motifs d'expulsion des étrangers, ceux qui sont admis par le droit international, ou *a contrario*, ceux qui sont interdits (par. 20). Il fait par ailleurs sienne la réserve exprimée en ce qui concerne le caractère absolu de l'interdiction des expulsions collectives (par. 24) et pense lui aussi qu'il convient d'examiner toutes les conséquences juridiques de l'expulsion sur le terrain de la responsabilité de l'État expulsant et de la réparation conséquente du préjudice subi par les victimes (par. 27).

43. M. Fomba dit que d'une manière générale il approuve la méthodologie proposée par le Rapporteur spécial. Il remarque toutefois que le paragraphe 28 ne fait pas mention des régimes juridiques spécifiques comme celui de la Communauté européenne et d'autres régimes régionaux et sous-régionaux, reposant sur de nouvelles notions de la nationalité, du territoire et des frontières, qui sont susceptibles de justifier une approche différente de la question.

44. Quant aux deux questions posées par le Rapporteur spécial au paragraphe 30, M. Fomba répond à la première que si les règles conventionnelles existantes sur l'expulsion des étrangers peuvent être reprises dans le futur projet d'articles, il convient également de combler les lacunes éventuelles. La raison en est que les règles en question sont loin d'être claires pour tout le monde, même au niveau ministériel, comme l'atteste la réaction dans son propre pays à certains articles qu'il a écrits dans la presse nationale sur le sujet des expulsions massives de citoyens maliens par la France.

45. Quant à la seconde question, celle de savoir si le projet d'articles doit se limiter à la formulation des principes de base en matière d'expulsion des étrangers ou proposer un régime juridique complet en la matière, M. Fomba penche pour cette dernière option, pour au moins deux raisons. Premièrement, l'expérience montre qu'un simple ensemble de principes généraux est rarement très utile. Deuxièmement, les travaux de la Commission doivent être aussi efficaces et exhaustifs que possible. La Commission doit produire un texte qui contribuera de manière optimale à la prévention ou au règlement des différends relatifs à l'expulsion d'étrangers. En conclusion, M. Fomba déclare que le plan de travail proposé par le Rapporteur spécial constitue une bonne base pour la poursuite des travaux.

46. M. GALICKI dit que le nouveau sujet à l'examen est un sujet intéressant, aussi bien intrinsèquement que par la combinaison de facteurs qu'il englobe. D'une part, il s'agit d'un sujet bien établi en droit international traditionnel, et qui repose sur le principe des prérogatives souveraines exclusives de l'État; de l'autre, il reflète l'évolution contemporaine du droit international découlant des idées relativement nouvelles à la base de la protection internationale des droits de l'homme. Ces tendances contradictoires rendent la tâche du Rapporteur spécial d'autant plus ardue. Il ne faut pas oublier que l'expulsion des étrangers demeure un moyen de rétorsion dans les relations interétatiques, fréquemment utilisé à l'encontre d'une catégorie particulière d'étrangers, à savoir ceux qui bénéficient du statut diplomatique.

47. Le rapport indique clairement comment le Rapporteur spécial entend aborder le sujet et contient une bibliographie utile, quoique « non exhaustive » (annexe II). D'une manière générale, l'approche définie est acceptable même si, pour M. Galicki, certains problèmes se posent. Premièrement, il ne serait pas favorable, s'agissant du terme « expulsion », à une définition très large qui engloberait les notions voisines mentionnées dans l'esquisse de plan de travail (annexe I). Compte tenu de la pratique récente, la Commission devrait maintenir la séparation existant entre l'expulsion des étrangers et ces notions voisines, qui reposent sur des bases factuelles et juridiques différentes, aux fins de sa tâche complexe de codification.

48. Deuxièmement, l'accent n'est pas assez mis sur l'aspect « droits de l'homme » de l'expulsion des étrangers. Par exemple, l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civiques et politiques, qui énonce les conditions de l'expulsion des étrangers, n'est mentionné que dans une note de bas de page. De même, bien qu'il y ait également dans une note de bas de page une référence à l'article 4 du Protocole n° 4 à la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui interdit l'expulsion collective d'étrangers, il n'est fait aucune mention, dans la liste des instruments internationaux, du Protocole n° 7 à la même Convention, dont l'article premier énonce, en ce qui concerne l'expulsion des étrangers, des garanties procédurales qui vont plus loin que celles prévues dans les deux instruments susmentionnés. De même, l'article 3 de la Convention européenne d'établissement de 1955 dispose que les nationaux d'une partie contractante résidant légalement sur le territoire d'une autre partie ne peuvent être expulsés que s'ils menacent la sécurité de l'État ou ont contrevenu à l'ordre public ou aux bonnes mœurs. Enfin, il convient de rappeler qu'une réglementation internationale spéciale régit l'usage excessif de l'expulsion des étrangers par les États dans les situations d'urgence, comme celles liées à la lutte contre le terrorisme. Il faut à cet égard citer les Lignes directrices du Comité des ministres du Conseil de l'Europe sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme (XII), adoptées en 2002[1]. En conclusion, M. Galicki se déclare satisfait du rapport préliminaire et de l'esquisse de plan de travail; ils fournissent une bonne base pour la poursuite des travaux sur le sujet.

49. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, s'étonne de l'observation de M. Galicki selon laquelle les États recourent à l'expulsion à titre de représailles dans leurs relations avec les autres États. Une telle pratique est interdite par les dispositions relatives aux contre-mesures figurant au chapitre II de la Troisième partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté en 2001[2].

50. M. GALICKI dit que son observation au sujet de l'utilisation de l'expulsion à titre de représailles n'implique bien entendu pas qu'il approuve cette pratique. Il ne faisait que donner un exemple. De plus, le fait que la question ait été examinée par la Commission plusieurs années auparavant ne signifie pas qu'elle ne peut pas l'être une nouvelle fois dans le cadre du sujet à l'examen.

51. M. MATHESON félicite le Rapporteur spécial pour son introduction très intéressante et utile d'un sujet d'une importance considérable et à l'étude duquel la Commission devrait contribuer de manière significative. Les travaux ne font que commencer, et M. Matheson dit qu'à ce stade, il ne peut faire que quelques brèves observations sur la portée du sujet et les questions qui doivent être envisagées.

52. Premièrement, il pense comme M^me^ Escarameia et M. Mansfield que la question du refus d'admission ne doit pas être examinée. Le refus d'admettre un étranger sur son territoire est une mesure bien moins grave que l'expulsion et fait intervenir des questions de droit et de principe tout à fait différentes. La Commission ne doit pas se détourner des graves problèmes que pose l'expulsion pour tenter d'étudier l'ensemble du domaine, complexe, du droit de l'immigration.

53. Deuxièmement, la définition provisoire de l'expulsion figurant au paragraphe 13 du rapport est, cela est compréhensible, très large, mais englobe peut-être des situations qui n'entrent pas dans l'étude du sujet. Par exemple, elle peut être interprétée comme couvrant la remise d'étrangers aux autorités d'un autre gouvernement à des fins de police. De tels transferts font intervenir des problèmes, normes et considérations de politique totalement différentes, dont on peut penser qu'elles seront pour

[1] Adoptées par le Comité des ministres le 11 juillet 2002, lors de la 804e réunion des Délégués des ministres, document CM/Del/Dec(2002)804, annexe 3; jointes en annexe à la « Lettre du 1er août 2002, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Luxembourg » (A/57/313).

[2] *Annuaire… 2001*, vol. 2 (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 30 et 137 à 149.

beaucoup examinées par la Commission dans le cadre du nouveau sujet intitulé « Obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) »[3]. Par simplicité, elles ne devraient pas être étudiées dans le cadre du présent sujet. De plus, comme l'a fait observer M. Galicki, la définition englobe le personnel diplomatique, qui est déjà suffisamment couvert par un corpus de droit distinct et par les conventions sur les privilèges et immunités diplomatiques.

54. Troisièmement, il faut distinguer entre les étrangers qui sont légalement présents dans un pays et ceux qui ne le sont pas. Le droit de l'État d'expulser les personnes qui ne sont pas légalement présentes sur son territoire fait partie intégrante du droit de l'État de refuser l'admission sur son territoire ou de l'assujettir à des conditions. Tout étranger qui entre dans un pays illégalement, ou qui ne respecte pas les conditions posées à son entrée, est susceptible d'être expulsé pour ces seuls motifs. La distinction entre étrangers légalement et illégalement présents est clairement admise aussi bien dans la pratique des États que dans les accords internationaux comme la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés (art. 32) et le Pacte international relatif aux droits civils et politiques (art. 13). Si la Commission décide qu'il est souhaitable qu'elle envisage l'expulsion des personnes qui ne sont pas légalement présentes, peut-être pour examiner des questions comme celle des garanties d'une procédure équitable et du traitement humain, il sera à tout le moins nécessaire de reconnaître que les États ont le droit d'expulser les personnes sans avoir besoin d'autre justification.

55. Quatrièmement, la Commission ne peut pas commencer l'examen de la question des motifs légitimes de l'expulsion des étrangers légalement présents dans un pays sans procéder à une étude exhaustive de la pratique des États. Il est ainsi encourageant d'apprendre que le Secrétariat entend précisément mener une telle étude. Il pourrait certes se révéler difficile de dresser un tableau cohérent des motifs d'expulsion admissibles et inadmissibles, mais il est important que la Commission fonde ses travaux sur une connaissance approfondie de cette pratique.

56. Enfin, s'il est compréhensible que le Rapporteur spécial souhaite élaborer un régime juridique aussi exhaustif que possible, la Commission ne doit pas tenter de revenir sur toutes les règles et tous les principes qu'elle a déjà élaborés sur la responsabilité de l'État, la protection diplomatique et la responsabilité internationale, et encore moins modifier ces règles et principes. Elle doit plutôt axer d'abord ses travaux sur la question fondamentale des droits et obligations des États en matière d'expulsion, et ne décider qu'ultérieurement si elle examinera les conséquences des violations de ces obligations.

57. Mme XUE dit que l'expulsion des étrangers est une question assez compliquée parce que les États appliquent des procédures très diverses pour empêcher les ressortissants étrangers d'entrer sur leur territoire ou d'y demeurer. Or, les restrictions nationales à la circulation des personnes ont des répercussions politiques, économiques et sociales internationales. À l'ère de la mondialisation, il serait donc utile de dégager des règles générales de droit international afin de protéger les intérêts des États et les droits des individus. Le rapport préliminaire du Rapporteur spécial donne une analyse extrêmement utile du problème.

58. En ce qui concerne l'approche générale du sujet, Mme Xue pense comme le Rapporteur spécial qu'il serait judicieux de formuler une série complète de principes généraux de droit international constituant le fondement juridique de l'expulsion des étrangers, puisque la matière est en majeure partie régie par les lois nationales et que le droit conventionnel existant dans ce domaine est fragmenté et ne couvre que certaines catégories de personnes. Bien entendu, les régimes conventionnels existants doivent demeurer intacts en tant que *lex specialis* dans un cadre juridique général. D'une manière générale, la méthodologie proposée par le Rapporteur spécial est acceptable.

59. S'agissant de l'esquisse du plan de travail et de la portée du sujet, les notions d'« étranger » ou de « non-ressortissant » sont d'une importance capitale. De ce fait, les expulsions en masse du type visé au paragraphe 10 du rapport, comme dans le cas des Palestiniens, ne doivent pas être envisagées dans le projet d'articles, non seulement parce qu'elles sont politiquement délicates et juridiquement non pertinentes en ce qu'elles concernent des revendications territoriales et des territoires occupés, mais aussi parce que l'on peut contester que ces personnes aient été expulsées d'un territoire étranger, voire qu'elles soient des étrangers. Il n'est nul besoin d'une définition distincte de chaque type d'expulsion, mais il pourrait être nécessaire de clarifier le terme « étranger » en précisant qu'il vise deux types de ressortissants étrangers: ceux qui résident ou vivent dans un pays étranger, légalement ou illégalement, et ceux à qui l'entrée a été refusée avant qu'ils aient physiquement pénétré dans le pays concerné. De même, il sera nécessaire de décider si le franchissement physique de la frontière de l'État expulsant par une personne expulsée est un élément constitutif de la notion d'expulsion ou si c'en est une conséquence. Pour Mme Xue, il faut entendre l'expulsion dans une acception large, parce que les étrangers que l'on empêche de pénétrer sur le territoire de l'État concerné alors qu'ils sont encore en haute mer ou à bord d'un aéronef peuvent aussi être considérés comme des étrangers expulsés.

60. Si chaque État a le droit souverain d'expulser les étrangers de son territoire pour n'importe quelle raison qu'il juge appropriée, ce droit est assujetti à certaines limitations par le droit international. S'agissant des trois principes énoncés dans la première partie, chapitre II, section B de l'esquisse de plan de travail (annexe I du rapport), il semble contestable que la Commission étudie le principe de la non-expulsion des nationaux, car le droit des nationaux de quitter leur pays et d'y revenir relève d'un domaine du droit différent. Le principe de non-expulsion des apatrides est cohérent, parce que leur expulsion risque de les plonger dans une détresse insupportable. Mme Xue se demande toutefois si ce principe demeure applicable au cas où l'apatride qui doit être renvoyé vers un État dont il était un résident permanent est entré illégalement sur le territoire de l'État expulsant.

[3] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. XI, sect. A.1, par. 362, et annexe.

61. Sur le deuxième principe, les droits fondamentaux et la dignité des étrangers doivent être respectés tout au long du processus d'expulsion. Les lois nationales tendent à négliger cette question, et le traitement inéquitable réservé aux étrangers ainsi que les violations de leurs droits fondamentaux sont des questions auxquelles ni les autorités ni la population des pays expulsants n'accordent suffisamment d'attention. Il faut espérer que le Rapporteur spécial tiendra dûment compte des aspects pratiques de ce problème.

62. S'agissant du troisième principe, M^me^ Xue aimerait avoir des éclaircissements au sujet de l'expression « expulsion collective » qui, à en juger d'après le paragraphe 24 et la note de bas de page correspondante, semble viser les expulsions fondées sur la nationalité ou la race. Bien que de telles expulsions doivent assurément être interdites, il peut néanmoins exister des situations dans lesquelles les États jugent nécessaire d'expulser collectivement tout un navire d'étrangers pour lutter contre l'immigration illégale. Dans de telles circonstances, une fois que des exceptions sont autorisées, les conséquences peuvent être graves. Les travailleurs migrants doivent faire l'objet d'un traitement distinct, et le traité international pertinent doit s'appliquer.

63. Les motifs d'expulsion sont définis au premier chef par la législation nationale. Du point de vue international, le maintien de l'ordre public ou politique et la sécurité nationale peuvent être considérés comme des motifs absolus de refuser à un étranger le droit d'entrer dans le pays ou d'y demeurer. Plutôt que de se demander s'il existe des intérêts de l'État encore plus élevés, la Commission devrait peut-être examiner quels facteurs ne peuvent être des motifs d'expulsion. Si chacun admet que nul ne devrait être expulsé sur le fondement de sa nationalité, la situation est beaucoup plus complexe s'agissant de la croyance religieuse, du comportement sexuel ou de l'état physique ou mental de l'étranger. Par exemple, lorsqu'un étranger venant d'une région affectée par une épidémie d'une maladie grave se voit temporairement refuser l'entrée d'un pays pour des raisons de santé publique, le refus d'admission pour un tel motif peut placer la personne concernée dans une situation pénible, mais il est parfaitement légitime. Toutefois, même dans de telles circonstances, le droit de refuser l'entrée n'est pas absolu au regard du droit international.

64. Enfin, en ce qui concerne la troisième partie de l'esquisse de plan de travail, compte tenu de la vulnérabilité des étrangers, le respect de leurs droits individuels et de leur dignité est particulièrement important. Lorsqu'une personne qui a résidé sur le territoire de l'État expulsant pendant une longue période est expulsée sans motif, elle devrait bénéficier du droit de retour et pourrait, dans certains cas, avoir droit à une indemnisation de l'État pour le préjudice personnel et les dommages matériels qu'elle a subis. Le projet d'articles devrait donc contenir une disposition spécifique prévoyant une telle indemnisation. Les règles de la responsabilité de l'État et de la protection diplomatique sont également pertinentes et devraient s'appliquer dans le contexte de l'expulsion des étrangers.

65. M. ECONOMIDES dit qu'il approuve le contenu de la notion d'« expulsion » telle qu'elle est définie aux paragraphes 12 et 13 du rapport. La définition doit être assez large pour couvrir toutes les procédures utilisées pour éloigner les étrangers du territoire de l'État exerçant son droit d'expulsion, qu'ils résident sur ce territoire légalement ou non. Seul le refoulement à la frontière doit être exclu de l'étude.

66. Si chaque État a le droit d'expulser les étrangers, il ne faut pas utiliser des adjectifs comme « discrétionnaire », « absolu » ou « souverain » pour qualifier ce droit parce que, loin d'être absolu ou discrétionnaire, celui-ci est régi par certains principes du droit international des droits de l'homme et par le droit interne des États. D'une manière générale, le droit interne ne permet d'expulser les étrangers que pour certains motifs bien précis, qui généralement servent les mêmes objectifs, par exemple la protection de l'ordre public ou de la sécurité de l'État. Ces motifs doivent être rigoureusement explicités. À cette fin, il faudrait comparer les législations nationales afin de recenser les solutions communes dont on peut dire qu'elles ont acquis un caractère international.

67. Le droit international interdit l'expulsion des étrangers dans certaines circonstances exceptionnelles définies dans les conventions internationales relatives aux droits de l'homme et dans la jurisprudence des organes judiciaires ou autres créés en application de ces conventions. Toutes ces exceptions devront être examinées individuellement afin de déterminer si elles ont acquis un caractère coutumier, s'il s'agit de règles relevant du développement progressif du droit international, ou si certaines d'entre elles ou toutes doivent être rejetées.

68. Les expulsions collectives imposées par un État fort à un État plus faible durant un conflit armé sont toujours illicites; toute autre interprétation serait dangereuse et rétrograde. Le Rapporteur spécial devrait également examiner toutes les étapes procédurales précédant l'exécution d'un arrêté d'expulsion. À cet égard, il serait utile d'étudier le droit interne des États et le droit international, y compris le droit du Conseil de l'Europe. Deux questions d'importance vitale sont à cet égard l'obligation de l'État de notifier à l'étranger concerné sa décision de l'expulser et le droit de l'intéressé de disposer d'un délai raisonnable pour former un recours contre cette décision. Il est également important de faire en sorte que l'exécution de la décision d'expulsion s'effectue d'une manière qui ne soit pas inhumaine, dégradante ou humiliante, car le respect de la dignité de l'étranger expulsé est effectivement l'une des normes garanties par le droit international.

69. La question du droit d'expulser les étrangers doit être traitée dans son intégralité, en suivant l'approche usuelle de la Commission en matière de codification et de développement progressif. Il est trop tôt pour dire quelle forme le résultat final devrait prendre, mais compte tenu du caractère délicat du sujet, un code de conduite pourrait être plus efficace qu'un texte juridiquement obligatoire.

70. M. KEMICHA dit que, bien que chaque État ait le droit souverain d'expulser de son territoire les étrangers dont il juge la présence indésirable, ce droit n'est pas et ne doit pas être absolu. Le cœur du problème, comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 5 de son rapport, est de savoir comment concilier le droit d'expulsion qui

semble inhérent à la souveraineté de l'État avec les exigences du droit international et, en particulier, les règles fondamentales du droit des droits de l'homme. Cette considération doit être le point de départ des travaux de la Commission pour les années à venir.

71. La définition minimaliste du terme « expulsion » proposée au paragraphe 13 du rapport, si elle est claire et succincte, ne rend pas justice à toute la complexité d'un acte qui peut avoir des conséquences extrêmement graves, en particulier pour la personne expulsée. Les motifs donnés par un État pour expulser doivent être compatibles avec le droit international et les principes du respect des droits de l'individu et limités par ceux-ci. Les droits liés à l'expulsion comprennent les droits des étrangers et les droits de leurs États d'origine et soulèvent les deux questions cruciales de la responsabilité des États qui ont commis un fait illicite et de l'exercice éventuel de la protection diplomatique par l'État d'origine de l'étranger en cas d'expulsion irrégulière ou illicite. La Commission sera à n'en pas douter en mesure d'appliquer les règles de la responsabilité de l'État et de la protection diplomatique qu'elle a codifiées dans le cadre de son étude de l'expulsion des étrangers. La méthodologie et le plan de travail proposés sont assurément utiles au stade actuel des travaux de la Commission, tout comme le serait une étude documentaire du Secrétariat sur le sujet.

La séance est levée à 12 h 55.

2851e SÉANCE

Jeudi 14 juillet 2005, à 10 heures

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes (*suite*)

[Point 11 de l'ordre du jour]

VISITE DU PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Shi Jiuyong, Président de la Cour internationale de Justice, et l'invite à s'adresser à la Commission.

2. M. SHI (Président de la Cour internationale de Justice) rappelle que c'est la troisième fois qu'en qualité de Président de la Cour internationale de Justice il prend la parole devant la Commission et que l'intensité du travail accompli par la Cour est un thème récurrent de ses interventions. Durant l'année écoulée, et comme les années précédentes, l'activité de la Cour a été particulièrement soutenue. Elle a en effet rendu un avis consultatif (par. 4 *infra*) et un arrêt final dans 10 affaires (les arrêts rendus dans les huit affaires concernant la *Licéité de l'emploi de la force* l'ont été simultanément)[1]. Ceci fait 11 décisions en un an! La Cour a aussi tenu des audiences dans trois affaires. Pendant la même période, une nouvelle instance a été introduite devant la Cour par la Roumanie contre l'Ukraine[2], ce qui atteste la vitalité de la Cour et la confiance que les États continuent de placer en elle. Grâce à ses efforts, le nombre total des affaires inscrites au rôle, qui était de 21 un an auparavant, a été ramené à 12. Le Président de la CIJ dit qu'il lui est difficile de ne pas insister sur tout ce qui a été fait depuis l'époque, qui n'est pas si distante, où l'on parlait de graves retards dans l'activité de la Cour.

3. M. SHI indique qu'il va comme l'année précédente évoquer les arrêts et autres décisions rendues par la Cour durant l'année écoulée mais qu'étant donné leur nombre, il se contentera d'exposer certaines des principales conclusions juridiques auxquelles la Cour est parvenue dans chacune d'elles, en espérant que cet aperçu sélectif sera plus intéressant pour les membres de la Commission qu'un exposé exhaustif.

4. Le 9 juillet 2004, exactement deux jours après la précédente visite du Président à la Commission, la Cour a rendu son avis consultatif sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*. Les membres de la Commission se souviendront que le 8 décembre 2003, l'Assemblée générale avait adopté sa résolution ES-10/14 dans laquelle, invoquant l'Article 65 du Statut de la Cour, elle demandait à celle-ci de « rendre d'urgence un avis consultatif sur la question suivante: quelles sont en droit les conséquences de l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, selon ce qui est exposé dans le rapport du Secrétaire général [établi en application de la résolution de l'Assemblée générale ES-10/13 (A/ES-10/248)], compte tenu des règles et des principes du droit international, notamment la quatrième Convention de Genève de 1949 et les résolutions consacrées à la question par le Conseil de sécurité et l'Assemblée générale? »

5. Avant de répondre à la question posée par l'Assemblée générale, la Cour s'est demandée si elle était compétente pour faire droit à la requête et s'il était judiciairement opportun qu'elle exerce sa compétence. La Cour a jugé à l'unanimité qu'elle était compétente pour rendre l'avis consultatif demandé et a décidé, par 14 voix contre une, de faire droit à la requête [par. 163, al. 1 et 2 de l'arrêt].

---

[1] Outre les arrêts rendus le 15 décembre 2004 dans les huit affaires concernant la *Licéité de l'emploi de la force*, la CIJ a également rendu un arrêt dans *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)*, le 10 février 2005 (voir le paragraphe 18, *infra)* et dans *Différend frontalier (Bénin/Niger)* [voir le paragraphe 21, *infra*].

[2] *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, requête introductive d'instance enregistrée au Greffe de la Cour le 16 septembre 2004.

6. La Cour a ensuite examiné la licéité de la construction du mur avant de se pencher sur la question des conséquences juridiques de cette construction. Elle a jugé par 14 voix contre une que « l'édification du mur qu'Israël, puissance occupante, est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, et le régime qui lui est associé, sont contraires au droit international » [ibid., al. 3 A]. Pour ce qui est des conséquences juridiques de ces violations, la Cour a distingué entre les conséquences pour Israël, celles pour d'autres États et celles pour l'ONU. S'agissant d'abord des conséquences pour Israël, la Cour a jugé par 14 voix contre une qu'« Israël est dans l'obligation de mettre un terme aux violations du droit international dont il est l'auteur » et qu'« il est tenu de cesser immédiatement les travaux d'édification du mur qu'il est en train de construire dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est, de démanteler immédiatement l'ouvrage situé dans ce territoire et d'abroger immédiatement ou de priver immédiatement d'effets l'ensemble des actes législatifs et réglementaires qui s'y rapportent » [ibid., al. 3 B]. De plus, la Cour a décidé, là encore par 14 voix contre une, qu'« Israël est dans l'obligation de réparer tous les dommages causés par la construction du mur dans le territoire palestinien occupé, y compris à l'intérieur et sur le pourtour de Jérusalem-Est » [ibid., al. 3 B].

7. Pour ce qui est des conséquences pour d'autres États, la Cour a jugé, par 13 voix contre deux, que « tous les États sont dans l'obligation de ne pas reconnaître la situation illicite découlant de la construction du mur et de ne pas prêter aide ou assistance au maintien de la situation créée par cette construction », et que de plus « tous les États parties à la quatrième Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, ont en outre l'obligation, dans le respect de la Charte des Nations Unies et du droit international, de faire respecter par Israël le droit international humanitaire incorporé dans cette convention » [ibid., al. 3 D]. Enfin, en ce qui concerne l'ONU, la Cour a jugé par 14 voix contre une que « l'Organisation des Nations Unies, et spécialement l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité, doit, en tenant dûment compte du présent avis consultatif, examiner quelles nouvelles mesures doivent être prises afin de mettre un terme à la situation illicite découlant de la construction du mur et du régime qui lui est associé » [ibid., al. 3 E].

8. Pour rendre cet avis consultatif, la Cour a examiné les principes du droit international relatifs à l'interdiction de la menace ou de l'emploi de la force et les règles régissant l'acquisition et l'occupation de territoires. Elle s'est aussi penchée sur le principe de l'autodétermination et a examiné l'applicabilité du droit international humanitaire et relatif aux droits de l'homme dans le territoire palestinien occupé. Outre ces éléments essentiels du droit international, qui sont consacrés dans de nombreux traités, dont la Charte des Nations Unies, et en droit coutumier, et énoncés dans diverses résolutions de l'Assemblée générale, la Cour a aussi tenu compte de la nécessité de placer l'édification du mur dans un contexte plus général. Elle a en particulier relevé qu'Israël et la Palestine « ont l'obligation de respecter de manière scrupuleuse le droit international humanitaire » et a déclaré que « seule la mise en œuvre de bonne foi de toutes les résolutions pertinentes du Conseil de sécurité [était] susceptible de mettre un terme à la situation tragique régnant dans la région ». Elle a de surcroît appelé l'attention de l'Assemblée générale « sur la nécessité d'encourager ces efforts en vue d'aboutir le plus tôt possible, sur la base du droit international, à une solution négociée des problèmes pendants et à la constitution d'un État palestinien vivant côte à côte avec Israël et ses autres voisins, et d'assurer à chacun dans la région paix et sécurité » [par. 162 de l'arrêt].

9. Le 15 décembre 2004, la Cour a rendu ses arrêts dans les huit affaires concernant la *Licéité de l'emploi de la force*. Dans chacune de ces affaires, elle a jugé à l'unanimité qu'elle n'était pas compétente pour connaître des demandes présentées par la Serbie-et-Monténégro. Le 29 avril 1999, le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie (depuis le 4 février 2003 la « Serbie-et-Monténégro ») a saisi la Cour de 10 différends juridiques distincts contre l'Allemagne, la Belgique, le Canada, l'Espagne, les États-Unis d'Amérique, la France, l'Italie, les Pays-Bas, le Portugal et le Royaume-Uni, alléguant que ces États avaient pris part à des bombardements du territoire de la République fédérale de Yougoslavie en 1999 et à l'entraînement, à l'armement, au financement, à l'équipement et à l'approvisionnement de la prétendue « Armée de libération du Kosovo ». Dans ses requêtes, le Gouvernement de la République fédérale de Yougoslavie affirmait que par ces actes, chacun des 10 États concernés avait violé « son obligation internationale de ne pas recourir à l'emploi de la force contre un autre État, l'obligation de ne pas s'immiscer dans les affaires intérieures d'un autre État, l'obligation de ne pas porter atteinte à la souveraineté d'un autre État, l'obligation de protéger les populations civiles et les biens de caractère civil en temps de guerre, l'obligation de protéger l'environnement, l'obligation touchant à la liberté de navigation sur les fleuves internationaux, l'obligation concernant les droits et libertés fondamentaux de la personne humaine, l'obligation de ne pas utiliser des armes interdites [et] l'obligation de ne pas soumettre intentionnellement un groupe national à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique » [voir les paragraphes 1 à 4 des ordonnances du 2 juin 1999 rendues dans ces 10 affaires].

10. Bien que les fondements juridiques invoqués s'agissant de la compétence de la Cour aient été différents pour chacune de ces 10 affaires, les requêtes invoquaient principalement le paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la Cour, le paragraphe 5 de l'Article 38 du règlement de la Cour et l'article IX de la Convention de 1948 pour la prévention et la répression du crime de génocide. Dans des lettres ultérieures, l'agent de la République fédérale de Yougoslavie a présenté un « complément à la requête » dans lequel il invoquait une base complémentaire de compétence de la Cour dans les affaires contre la Belgique[3] et les Pays-Bas. Chacun des 10 défendeurs a répondu en soulevant des exceptions préliminaires au sujet de la compétence de la Cour et de la recevabilité de la requête. Immédiatement après avoir introduit sa

[3] Dans sa lettre du 12 mai 1999, l'agent de la République fédérale de Yougoslavie invoquait l'article 4 de la Convention de conciliation, de règlement judiciaire et d'arbitrage entre la Belgique et le Royaume de Yougoslavie, signée à Belgrade le 25 mars 1930. [Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 106, n° 2455, p. 343.]

requête, la République fédérale de Yougoslavie a également présenté une demande en indication de mesures conservatoires en vertu de l'article 73 du règlement de la Cour. Par 10 ordonnances datées du 2 juin 1999, la Cour a rejeté ces demandes en indication de mesures conservatoires. Elle a de plus décidé que les instances introduites contre l'Espagne et les États-Unis d'Amérique devaient être rayées du rôle parce qu'elle n'était manifestement pas compétente pour en connaître.

11. Les conclusions juridiques les plus importantes dans les huit affaires concernaient essentiellement la question de l'accès de la Serbie-et-Monténégro à la Cour et l'interprétation du paragraphe 2 de l'Article 35 du Statut de la Cour.

12. Sur le premier point, comme les membres de la Commission ne l'ignorent pas, la Cour a souvent rappelé dans sa jurisprudence qu'elle restait «libre dans le choix des motifs sur lesquels elle fonder[ait] son arrêt» [*Affaire relative à l'application de la Convention de 1902 pour régler la tutelle des mineurs (Pays-Bas c. Suède)*]. En particulier, lorsque sa compétence est contestée pour différents motifs, elle est libre de baser sa décision sur un ou plusieurs motifs de son choix, et en particulier «sur le motif qui, selon elle, est plus direct et décisif[4]». Toutefois, dans la jurisprudence en question, les parties étaient sans aucun doute parties au Statut de la Cour et la Cour leur était donc ouverte en vertu du paragraphe 1 de l'Article 35 du Statut. La situation était différente dans les huit affaires concernant la *Licéité de l'emploi de la force*. Comme la Cour l'a relevé dans ces instances, une exception avait effectivement été soulevée pour contester le droit du demandeur d'accéder à la Cour. La question de savoir si la Serbie-et-Monténégro était ou non partie au statut de la Cour au moment de l'introduction des instances était donc fondamentale car, si elle n'y était pas partie, la Cour ne lui était pas ouverte en vertu du paragraphe 1 de l'Article 35 du Statut et, dans une telle situation, et sous réserve d'une possible application du paragraphe 2 dudit article, la Serbie-et-Monténégro n'avait pu saisir la Cour de manière valable quel que soit le titre de compétence qu'elle puisse invoquer, pour la simple raison qu'elle n'avait pas le droit d'ester devant la Cour. Ce n'est que si la réponse à cette question était affirmative que la Cour aurait à examiner les questions relatives aux conditions énoncées aux Articles 36 et 37 de son Statut.

13. La Cour a noté à cet égard qu'il ne faisait aucun doute que la Serbie-et-Monténégro était un État aux fins du paragraphe 1 de l'Article 34 du Statut. Certains défendeurs contestaient cependant que la Serbie-et-Monténégro remplît les conditions posées à l'Article 35 du Statut au moment où elle avait déposé sa requête le 29 avril 1999, affirmant en particulier qu'elle n'était pas Membre de l'ONU et donc qu'elle n'était pas partie au Statut de la Cour en application du paragraphe 1 de l'Article 93 de la Charte. La Cour devait donc déterminer quel était le statut de la Serbie-et-Monténégro par rapport à l'ONU au moment où elle avait introduit sa requête.

14. Après avoir récapitulé les événements concernant le statut juridique de l'État demandeur vis-à-vis de l'ONU, la Cour a conclu que la situation juridique à l'ONU durant la période allant de 1992 à 2000 en ce qui concerne le statut de la République fédérale de Yougoslavie, à la suite de l'éclatement de la République fédérative socialiste de Yougoslavie, était demeurée ambiguë et se prêtait à diverses interprétations. Ceci résultait du fait qu'aucun des organes compétents de l'Organisation n'avait défini ce statut dans une décision faisant autorité.

15. La Cour a néanmoins estimé que cette incertitude avait pris fin avec un nouveau développement intervenu en 2000. Le 27 octobre de cette année, la République fédérale de Yougoslavie a demandé à être admise à l'ONU et, le 1er novembre, par la résolution 55/12 de l'Assemblée générale, elle est devenue Membre de l'Organisation. La Serbie-et-Monténégro avait donc ainsi le statut de Membre de l'ONU depuis le 1er novembre 2000. Toutefois, son admission au sein de l'ONU n'avait pas pu remonter à l'époque de l'éclatement et de la disparition de la République fédérative socialiste de Yougoslavie. Il apparut clairement que la situation *sui generis* du demandeur ne pouvait être regardée comme équivalant à la qualité de Membre de l'Organisation. Pour la Cour, l'importance de cette évolution survenue en 2000 tenait au fait qu'elle avait clarifié la situation juridique jusque-là indéterminée quant au statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'ONU.

16. La Cour a conclu que du point de vue à partir duquel elle considérait maintenant la situation et à la lumière des conséquences juridiques de l'évolution intervenue depuis le 1er novembre 2000, la Serbie-et-Monténégro n'était pas Membre de l'ONU ni, en cette qualité, partie à son Statut au moment où elle avait déposé sa requête. L'État demandeur n'étant pas devenu partie au Statut à un autre titre, par voie de conséquence la Cour ne lui était pas ouverte sur la base du paragraphe 1 de l'Article 35 du Statut. La Cour devait ensuite examiner si elle pouvait lui être ouverte en vertu du paragraphe 2 de l'Article 35, lequel dispose:

> Les conditions auxquelles [la Cour] est ouverte aux autres États [à savoir les États non parties au Statut] sont, sous réserve des dispositions particulières des traités en vigueur, réglées par le Conseil de sécurité et, dans tous les cas, sans qu'il puisse en résulter pour les parties aucune inégalité devant la Cour.

17. La question, posée simplement, était de savoir si la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide pouvait être considérée comme un «traité en vigueur» au sens du paragraphe 2 de l'Article 35. La Cour a commencé par noter que l'expression «traités en vigueur», en son sens naturel et ordinaire, ne fournissait pas d'indications quant à la date à laquelle les traités visés devaient être en vigueur. Elle pouvait par conséquent être interprétée comme visant soit les traités qui étaient en vigueur à la date à laquelle le Statut lui-même était entré en vigueur, soit les traités qui étaient en vigueur à la date de l'introduction de l'instance dans une affaire où ces traités sont invoqués. La Cour a fait observer que le paragraphe 2 de l'Article 35 visait à réglementer les conditions d'accès à la Cour pour ceux qui n'étaient pas partie au Statut, et qu'il aurait été incompatible avec l'objet essentiel de ce texte que de permettre qu'à l'avenir des États puissent avoir accès à la Cour par la simple

[4] *Certains emprunts norvégiens*, p. 25. Voir aussi entre autres *Licéité de l'emploi de la force (Serbie-et-Monténégro c. Belgique)*, exceptions préliminaires, par. 46, p. 298.

conclusion d'un traité spécial, multilatéral ou bilatéral, contenant une disposition à cet effet. La Cour a de plus jugé que l'interprétation selon laquelle le paragraphe 2 de l'Article 35 se référait aux traités en vigueur à la date de l'entrée en vigueur du Statut était confortée par une analyse des travaux préparatoires du texte. Elle a donc conclu que, même à supposer que la Serbie-et-Monténégro ait été partie à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide à la date pertinente, le paragraphe 2 de l'Article 35 ne lui donnait pas accès à la Cour sur la base de l'article IX de cette Convention puisque celle-ci n'était entrée en vigueur que le 12 janvier 1951, après l'entrée en vigueur du Statut. La Cour n'a donc pas estimé nécessaire de décider si la Serbie-et-Monténégro était ou non partie à ladite Convention le 29 avril 1999, lorsque l'instance a été introduite.

18. En février 2005, la Cour a également mis fin à l'instance entre le Liechtenstein et l'Allemagne dans l'affaire relative à *Certains biens (Liechtenstein c. Allemagne)* en jugeant qu'elle n'était pas compétente pour connaître de la requête introduite par le Liechtenstein. Les faits de la cause sont un peu complexes mais peuvent être résumés comme suit. En 1945, la Tchécoslovaquie a confisqué certains biens appartenant à des nationaux du Liechtenstein, parmi lesquels le Prince Franz Josef II de Liechtenstein, en application des « décrets Beneš », qui autorisaient la confiscation des « biens agricoles », notamment les bâtiments, installations et biens meubles qui y étaient attachés, de « toutes les personnes appartenant au peuple allemand ou hongrois, indépendamment de leur nationalité »[5]. Un régime spécial afférent aux avoirs et autres biens allemands à l'étranger saisis en rapport avec la Seconde Guerre mondiale fut institué aux termes du chapitre sixième de la Convention sur le règlement de questions issues de la guerre et de l'occupation, signée à Bonn en 1952. En 1991, un tableau de Peter van Laer, peintre hollandais, fut prêté par un musée de Brno (Tchécoslovaquie) à un musée de Cologne (Allemagne) pour figurer dans une exposition. Ce tableau, propriété de la famille du prince régnant du Liechtenstein depuis le XVIII^{e} siècle, avait été confisqué en 1945 par la Tchécoslovaquie en application des décrets Beneš. Le Prince Hans-Adam II de Liechtenstein, agissant à titre personnel, saisit les tribunaux allemands en vue d'obtenir la restitution de la toile comme lui appartenant, et cette demande fut rejetée aux motifs que, selon les termes de l'article 3 du chapitre sixième de la Convention sur le règlement, aucune réclamation ou action ayant trait aux mesures prises contre des avoirs allemands à l'étranger au lendemain de la Seconde Guerre mondiale n'était recevable devant les tribunaux allemands. Une requête introduite par le Prince Hans-Adam II devant la Cour européenne des droits de l'homme contre les décisions des tribunaux allemands fut également rejetée (voir *Prince Hans-Adam II de Liechtenstein c. Allemagne*). Le Liechtenstein introduisit donc une requête devant la Cour au sujet d'un différend afférent à des « décisions prises en 1998 et depuis lors par l'Allemagne qui tendent à traiter certains biens de ressortissants du Liechtenstein comme des avoirs allemands "saisis au titre des réparations ou des restitutions, ou en raison de l'état de guerre" − c'est-à-dire comme une conséquence de la Seconde Guerre mondiale −, sans prévoir d'indemniser leurs propriétaires pour la perte de ces biens, et au détriment du Liechtenstein lui-même » [*Certains biens*, par. 1]. Pour fonder la compétence de la Cour, la requête invoquait l'article premier de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends. En réponse, l'Allemagne a soulevé six exceptions préliminaires à la compétence de la Cour et à la recevabilité de la requête du Liechtenstein [par. 19]. Ce sont ces exceptions préliminaires que la Cour a dû examiner.

19. Rejetant la première exception préliminaire de l'Allemagne, la Cour a estimé qu'il existait un différend juridique entre les parties, dont l'objet était de savoir si, en appliquant l'article 3 du chapitre sixième de la Convention sur le règlement à des biens liechtensteinois confisqués par la Tchécoslovaquie en 1945, l'Allemagne avait violé les obligations qui lui incombaient envers le Liechtenstein et, dans l'affirmative, de déterminer quelle serait sa responsabilité internationale [par. 25 à 27].

20. Dans sa deuxième exception préliminaire, l'Allemagne demandait à la Cour de dire, à la lumière des dispositions de l'alinéa *a* de l'article 27 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends, si un tel différend concernait des faits ou des situations antérieurs au 18 février 1980, date à laquelle la Convention était entrée en vigueur entre l'Allemagne et le Liechtenstein. La Cour a souligné qu'il n'était pas contesté que le différend avait été déclenché par les décisions des juridictions allemandes en l'affaire susmentionnée. Toutefois, l'élément décisif n'était pas la date à laquelle le différend avait vu le jour, mais celle des faits ou situations que concerne le différend. De l'avis de la Cour, le différend dont elle était saisie ne saurait concerner les événements intervenus dans les années 90 que si, comme le soutenait le Liechtenstein, l'Allemagne s'était, au cours de cette période, écartée d'une position jusqu'alors commune selon laquelle les biens liechtensteinois échappaient aux dispositions de la Convention sur le règlement, ou si les tribunaux allemands, en appliquant pour la première fois à des biens liechtensteinois leur jurisprudence antérieure fondée sur la Convention sur le règlement, avaient appliqué ladite Convention « à une situation nouvelle » après la date critique. Aucune de ces deux hypothèses ne s'appliquant, la Cour a conclu que, si la présente instance a été effectivement introduite par le Liechtenstein à la suite de décisions rendues par des tribunaux allemands concernant un tableau de Pieter van Laer, ces événements avaient eux-mêmes leur source dans certaines mesures prises par la Tchécoslovaquie en 1945, lesquelles avaient conduit à la confiscation de biens appartenant à certains ressortissants liechtensteinois, dont le Prince Franz Josef II de Liechtenstein, ainsi que dans le régime spécial institué par la Convention sur le règlement; et que c'étaient donc la Convention sur le règlement et les décrets Beneš qui étaient à l'origine ou constituaient la cause réelle de ce différend. À la lumière des dispositions de l'alinéa *a* de l'article 27 de la Convention européenne pour le règlement pacifique des différends, la Cour a donc retenu la deuxième exception préliminaire de l'Allemagne, et

[5] Beneš, Zdeněk et Václav Kural (dir. publ.), *Facing History: The Evolution of Czech-German Relations in the Czech Provinces, 1848-1948*, Gallery, 2002, décret n° 12/1945 sur « la confiscation et la répartition accélérée des terres agricoles des ressortissants allemands et hongrois et des traîtres et ennemis du peuple tchèque et slovaque », art. 1, par. 1 *a*, p. 317.

estimé qu'elle ne pouvait se prononcer au fond sur les demandes du Liechtenstein [par. 52 et 53].

21. Enfin, le 12 juillet 2005, une chambre de la Cour a rendu son arrêt définitif dans l'affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger)*. Le 3 mai 2002, les Gouvernements du Bénin et du Niger avaient transmis une copie d'un compromis à la Cour par lequel ils étaient convenus de soumettre à une chambre de la Cour un différend frontalier. En vertu de l'article 2 de ce compromis du 15 juin 2001, la Cour était priée de:

«*a)* déterminer le tracé de la frontière entre la République du Bénin et la République du Niger dans le secteur du fleuve Niger;

«*b)* préciser à quel État appartient chacune des îles dudit fleuve et en particulier l'île de Lété;

«*c)* déterminer le tracé de la frontière entre les deux États dans le secteur de la rivière Mékrou.» [par. 2 de l'arrêt]

22. La Cour a décidé à l'unanimité de faire droit à la requête des deux parties visant à ce qu'une chambre spéciale de cinq juges soit constituée pour examiner l'affaire [par. 6].

23. Dans son arrêt, la Chambre a tout d'abord considéré que, dans le secteur du fleuve Niger, ni le Bénin ni le Niger n'avaient apporté la preuve de l'existence d'un titre juridique pour appuyer leurs prétentions quant à l'emplacement précis de la frontière. Elle a ensuite estimé que si l'on pouvait conclure, sur la base de plusieurs documents administratifs français, que le cours du fleuve Niger constituait la limite intercoloniale entre le Niger et la colonie du Dahomey (devenue le Bénin à l'indépendance), lesdits documents ne permettaient toutefois pas de déterminer la localisation exacte de cette limite. La Chambre a donc examiné les effectivités invoquées par les parties pour déterminer le tracé de la frontière dans le secteur du fleuve Niger et indiquer auquel des deux États appartenait chacune des îles du fleuve. Elle a souligné en particulier à cet égard l'importance d'une lettre, datée du 3 juillet 1914, du commandant du secteur de Gaya (Niger) destinée entre autres choses à «délimiter la compétence territoriale des tribunaux indigènes des deux colonies». Cette lettre précisait que le chenal navigable principal était le «grand bras du fleuve, non le bras le plus large, mais le bras qui *seul est navigable aux basses eaux*» (les italiques sont dans l'original), lequel permettait de déterminer à quelle colonie chacune des îles appartenait [par. 83]. Sur la base des éléments de preuve produits devant elle, la Chambre a estimé que les termes du *modus vivendi* entre les autorités locales, tels que définis dans la lettre de 1914, furent dans l'ensemble respectés dans les années qui suivirent et que, durant cette période, le chenal navigable principal du fleuve Niger fut considéré par les deux parties comme constituant la limite. En conséquence, le Niger exerçait son autorité administrative sur les îles situées à gauche, y compris l'île de Lété, et le Dahomey sur celles situées à droite de cette ligne. La Chambre a toutefois noté que, selon le même *modus vivendi*, trois îles situées en face de Gaya étaient considérées comme relevant du Dahomey de sorte que, dans ce secteur du fleuve, la limite était considérée comme passant à gauche de ces trois îles. Pour tous ces motifs, la Chambre a conclu que:

[L]a frontière entre le Bénin et le Niger suit le chenal navigable principal du fleuve Niger tel qu'il existait à la date des indépendances, étant entendu que, au niveau des trois îles situées en face de Gaya, la frontière passe à gauche desdites îles. Il en résulte que le Bénin a un titre sur les îles situées entre la frontière ainsi définie et la rive droite du fleuve et le Niger sur les îles situées entre cette frontière et la rive gauche du fleuve [par. 103].

La Chambre a ensuite déterminé l'emplacement précis de la ligne frontière dans le chenal navigable principal, c'est-à-dire la ligne des sondages les plus profonds telle qu'elle existait à la date des indépendances, en indiquant les coordonnées de 154 points de cette ligne frontière. Sur cette base, elle a ensuite indiqué à laquelle des parties appartenait chacune des îles du fleuve Niger, en observant que cette détermination de l'appartenance des îles était sans préjudice de tous droits privés qui pourraient être détenus sur celles-ci. La Chambre a également conclu que la frontière sur les ponts reliant Gaya et Malanville suivait le tracé de la frontière dans le fleuve [par. 124].

24. En ce qui concerne le tracé de la frontière entre les deux États dans le secteur de la rivière Mékrou, la Chambre a conclu qu'à partir de 1927 en tout cas les autorités administratives compétentes ont considéré le cours de la Mékrou comme la limite intercoloniale séparant le Dahomey du Niger, que ces autorités ont traduit cette délimitation dans les actes successifs qu'elles ont édictés à partir de 1927, et que tel était l'état du droit à la date des indépendances en août 1960. Dans ces conditions, la Chambre a estimé qu'il n'était pas nécessaire de rechercher d'éventuelles effectivités en vue d'appliquer le principe de l'*uti possidetis*, les effectivités ne pouvant présenter un intérêt en la matière que pour compléter ou suppléer des titres juridiques incertains ou absents, mais ne pouvant jamais prévaloir sur des titres auxquels elles seraient contraires [par. 141]. En vue de déterminer l'emplacement exact de la ligne frontière entre le Bénin et le Niger sur la rivière Mékrou, la Chambre a rappelé que, dans l'affaire relative à l'*Île de Kassikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, elle avait observé que:

Les traités ou conventions qui définissent des frontières dans des cours d'eau désignent généralement aujourd'hui le thalweg comme frontière lorsque le cours d'eau est navigable et la ligne médiane entre les deux rives lorsqu'il ne l'est pas, sans que l'on puisse toutefois constater l'existence d'une pratique totalement cohérente en la matière [p. 1062, par. 24 de l'arrêt].

25. Elle a noté qu'en l'espèce, compte tenu des circonstances, y compris le fait que la rivière n'était pas navigable, une limite suivant la ligne médiane de la Mékrou répondrait mieux aux exigences de sécurité juridique propres à la détermination d'une frontière internationale. Elle a, par suite, conclu que, dans le secteur de la rivière Mékrou, la frontière entre le Bénin et le Niger était constituée par la ligne médiane de ladite rivière [par. 145].

26. Ayant achevé la présentation des arrêts et avis consultatif rendus au cours de la période à l'examen, M. Shi dit que la Cour a également pris un certain nombre d'autres décisions extrêmement variées. Elle a notamment modifié la procédure de promulgation des amendements au Règlement de la Cour, ainsi que l'instruction de procédure V qui laisse à une partie un délai de quatre mois pour présenter ses observations et conclusions sur des exceptions préliminaires, étant entendu que ce délai court à partir de la date du dépôt desdites exceptions préliminaires.

La Cour a en outre adopté trois nouvelles instructions de procédure (instructions de procédure X, XI et XII)[6]. L'instruction de procédure X invite les agents des parties convoqués par le Président de la Cour à se réunir le plus tôt possible, chaque fois qu'une décision sur une question de procédure doit être prise dans une affaire. L'instruction de procédure XI précise que, lors des audiences sur les demandes en indication de mesures provisoires, les parties devraient limiter leurs exposés aux questions touchant aux conditions à remplir aux fins de l'indication de mesures conservatoires. Enfin, l'instruction de procédure XII établit la procédure à suivre en ce qui concerne les exposés écrits et/ou les documents soumis par des organisations internationales non gouvernementales dans le cadre de procédures consultatives.

27. M. Shi dit que la Cour a été particulièrement active cette année, et qu'elle entend poursuivre dans cette voie. Les deux affaires relatives aux *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda) et (nouvelle requête: 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)* sont actuellement en délibéré. La Cour a en outre déjà annoncé que les audiences publiques dans l'affaire de l'*Application de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)* s'ouvriraient le 27 février 2006.

28. Au cours des mois à venir, la Cour va connaître de nombreux changements. Déjà, le 11 février 2005, l'ancien Président de la Cour, M. Gilbert Guillaume, a démissionné et il a été remplacé par le juge français nouvellement élu, M. Ronny Abraham. À la fin de l'année, l'Assemblée générale et le Conseil de sécurité vont élire cinq membres de la Cour. Quatre des cinq membres dont le mandat vient à expiration ont déjà décidé de ne pas se représenter: M. Elaraby, M. Kooijmans, M. Rezek et M. Vereshchetin.

29. Le PRÉSIDENT remercie M. Shi de son exposé et invite les membres de la Commission à lui poser des questions.

30. M. BROWNLIE souhaiterait connaître l'avis du Président de la Cour sur la valeur pratique des plaidoiries, par rapport aux pièces de procédure écrite, dans le cadre d'une affaire contentieuse.

31. M. SHI dit que la Cour accorde une grande importance aux plaidoiries des conseils des parties dans toutes les procédures, dans la mesure où il est fréquent que les parties présentent à cette occasion de nouveaux arguments qui ne figuraient pas nécessairement dans leurs écritures. En outre, il arrive également que de nouvelles conclusions soient formulées lors des plaidoiries.

32. M. DUGARD constate que depuis que l'Assemblée générale a, en juillet 2004, approuvé l'avis consultatif que la Cour a rendu sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, ni le Conseil de sécurité ni l'Assemblée générale ne l'ont plus évoqué. Il existe donc selon lui un réel danger que cet avis soit rapidement oublié, tout comme l'a été celui que la Cour a rendu au sujet du *Sahara occidental*. C'est pourquoi M. Dugard se demande si la Cour n'est pas préoccupée par le fait que la communauté internationale fasse si peu de cas de cet avis consultatif.

33. M. ECONOMIDES demande à M. Shi si les obligations *erga omnes* sont identiques aux obligations de *jus cogens* ou si elles sont différentes.

34. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA considère que dans l'avis consultatif qu'elle a rendu au sujet des *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, la Cour n'avait pas d'autre ressource que d'inviter les parties concernées à appliquer de bonne foi les résolutions du Conseil de sécurité. Il ne peut cependant s'empêcher de constater que le Conseil de sécurité a adopté de nombreuses résolutions sur cette question, mais que celles-ci ont rarement été appliquées de bonne foi.

35. Par ailleurs, il estime que dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, la Cour s'est donnée beaucoup de mal pour déterminer si un traité est ou non en vigueur vis-à-vis d'un État qui est ou n'est pas partie au Statut de la Cour, et que la question ne méritait pas tant de détours.

36. Enfin, le 12 juillet 2005, lorsqu'elle a rendu son arrêt dans l'affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger)*, la Cour n'avait pas beaucoup d'autres possibilités que de s'appuyer sur la lettre de 1914 émanant des administrations coloniales françaises. Cette lettre était promise à un destin historique, car la France y avait quasiment conféré compétence, par le jeu de la juridiction des tribunaux coutumiers, à telle partie sur telle rive du Niger et à telle autre sur l'autre rive. L'évolution de la situation jusqu'au moment de l'indépendance est venue confirmer cette attribution de compétence avant la lettre et la Cour, dans le cas d'espèce, n'avait guère le choix. Même si elle ne s'est pas expressément prononcée sur l'*uti possidetis*, elle avait auparavant observé qu'il avait une vertu politique: ce principe de stabilisation des situations évite que ne soient remis en cause un certain nombre d'actes antérieurement posés par les puissances coloniales. La Cour n'avait donc pas à se prononcer sur la question de savoir si les effectivités devaient l'emporter sur l'*uti possidetis* ou inversement, car les effectivités étaient implicites dans la lettre française de 1914. Il convient ainsi de souligner le réalisme de l'arrêt qu'elle a rendu.

37. M. CANDIOTI demande si la Cour a envisagé, à un moment ou un autre, de se rendre sur les lieux pour mieux examiner le contexte du différend. Il souhaiterait par ailleurs connaître les implications pratiques de l'arrêt pour les habitants des îles en question.

38. M. KAMTO dit que les arrêts de la Cour sont d'un intérêt incontestable pour la paix entre les nations, d'où l'importance de leur précision. À ce propos, il convient de saluer la manière dont elle vient de trancher l'affaire du *Différend frontalier (Bénin/Niger)*: le chenal navigable retenu comme ligne frontière étant défini par 154 points dont les coordonnées sont indiquées, les deux parties n'auront aucun mal à exécuter l'arrêt. Ce

[6] Les instructions de procédure sont publiées dans *C.I.J. Annuaire 2004-2005*, et sont disponibles également sur le site Internet de la Cour (www.icj-cij.org).

souci de précision n'a cependant pas toujours habité la Cour, comme en témoigne son arrêt du 10 octobre 2002 dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria)*: à propos de certains points de la frontière, elle s'est contentée de renvoyer à des cours d'eau, sans préciser la méthode à utiliser et sans fournir de coordonnées. Il s'ensuit qu'il est difficile d'exécuter l'arrêt sur le terrain, et nul doute que si la Cour s'était rendue sur place elle aurait été plus précise sur tel ou tel point. On peut donc se demander s'il ne serait pas souhaitable que la Cour prévoie, dans les cas particulièrement complexes, de descendre sur les lieux ou de dépêcher des experts sans même que les parties n'en fassent la demande, afin que l'inexécution de certains arrêts ne dissuade les États de se tourner vers elle et par conséquent, ne fragilise la position qu'elle a acquise au fil de son histoire grâce à une jurisprudence bien élaborée.

39. M. DAOUDI demande si la Cour a un avis particulier au sujet de la réforme de l'ONU, en particulier l'élargissement du Conseil de sécurité, et si elle-même pense pouvoir continuer à fonctionner avec 15 membres comme elle le fait actuellement, en appliquant les mêmes méthodes de travail.

40. Mme ESCARAMEIA souhaiterait savoir si la Cour se préoccupe de ce que le Conseil de sécurité ne lui demande jamais d'avis consultatif et connaître les relations qu'elle entretient avec d'autres tribunaux internationaux.

41. M. SHI (Président de la Cour internationale de Justice), répondant à M. Dugard, dit qu'il a été très heureux que l'Assemblée générale approuve largement l'avis consultatif que la Cour a rendu sur les *Conséquences juridiques de l'édification d'un mur dans le territoire palestinien occupé*, et qu'il apprécierait que le Conseil de sécurité donne suite à la résolution de l'Assemblée, mais que les avis consultatifs de la Cour n'ont pas force obligatoire, ce qui est conforme à sa vocation.

42. S'agissant des descentes sur les lieux, la Cour ne s'est déplacée qu'une fois, à l'occasion de l'affaire relative au *Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, pour examiner les travaux entrepris sur le Danube, ce à la demande des gouvernements concernés. Il ne faut pas oublier que les différends qu'elle doit trancher portent sur des questions extrêmement délicates, et que les parties peuvent ne pas être d'accord sur l'opportunité de telles descentes sur les lieux. Cela étant, la suggestion est intéressante et mérite d'être examinée.

43. Quant aux effets des transferts de territoires sur les populations locales, la Cour estime que les droits privés des habitants doivent être préservés.

44. Une fois son arrêt rendu, la Cour n'a pas d'autre tâche à accomplir. Sa compétence étant fondée sur le consentement des États, les parties appliquent habituellement ses décisions. Dans le cas contraire, selon l'Article 94 de la Charte des Nations Unies, « si une partie à un litige ne satisfait pas aux obligations qui lui incombent en vertu d'un arrêt rendu par la Cour, l'autre partie peut recourir au Conseil de sécurité ». Il appartient alors au Conseil de décider des mesures à prendre.

45. En ce qui concerne les liens entre la réforme de l'ONU et le rôle de la Cour, il importe de noter que dans son rapport intitulé « Dans une liberté plus grande: développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous », le Secrétaire général a invité instamment les États qui ne l'avaient pas encore fait à envisager de reconnaître la juridiction obligatoire de la Cour, si possible de manière générale ou, à défaut, au moins dans des situations précises[7]. Il a en outre recommandé aux organes de l'ONU de solliciter davantage les avis consultatifs de la Cour.

46. Enfin, la CIJ n'a guère de relations avec les tribunaux pénaux internationaux car leurs compétences sont tout à fait différentes: les tribunaux en question examinent la responsabilité pénale d'individus alors que la Cour n'est ouverte qu'aux États membres. Cela dit, une certaine forme de coopération pourrait être utile, notamment en vue de remédier à l'inquiétante fragmentation du droit international.

Expulsion des étrangers (*suite*) [A/CN.4/554]

[Point 7 de l'ordre du jour]

Rapport préliminaire du Rapporteur spécial (*suite*)

47. Selon M. DAOUDI, la problématique du sujet telle qu'elle est exposée au paragraphe 5 du rapport paraît juste. En effet, c'est bien sur la question de savoir comment les États peuvent concilier l'exercice de leur droit souverain d'expulser et leurs obligations internationales, notamment en matière de droits de l'homme, que la Commission doit axer ses travaux. Le Rapporteur spécial fait bien de commencer par définir les deux notions de base sur lesquelles repose l'étude: « expulsion » et « étranger ». L'étranger étant défini comme l'individu qui ne détient pas la nationalité de l'État dans lequel il se trouve, toute mesure d'expulsion prise par un État à l'égard de ses nationaux qui ont une origine ethnique, religieuse ou raciale différente de la majorité de la population sort par conséquent du cadre du sujet. Une telle mesure constituerait une violation des normes fondamentales relatives aux droits de l'homme dans l'ordre interne de l'État et serait contraire au paragraphe 1 de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme.

48. Quant aux cas évoqués au paragraphe 10 du rapport, à savoir celui des Palestiniens forcés de quitter leur pays pendant et après la guerre de 1948 et celui des Palestiniens et des Syriens ayant subi le même sort à la suite de l'occupation israélienne de la Cisjordanie et du Golan en 1967, ils sortent eux aussi du cadre de l'étude. Il convient d'ailleurs de rappeler que tout transfert forcé de population constitue un crime de guerre au sens des Conventions de Genève de 1949 et du premier Protocole additionnel de 1977.

49. La notion d'expulsion devrait se voir accorder un sens relativement large: elle devrait couvrir tous les cas où une mesure vise un étranger pour l'obliger à quitter le territoire de l'État sur lequel il se trouve, quelle que soit la raison de sa présence. De ce fait, sont exclus du champ du sujet le refoulement et la non-admission.

[7] A/59/2005, par. 139.

50. Par ailleurs, l'étude du régime juridique de l'expulsion doit prendre en considération le statut de l'étranger dans l'État d'accueil. Dans le cas de travailleurs migrants qui ont réussi à pénétrer sur le territoire sans titre valable, l'État d'accueil exerce un droit souverain en les expulsant mais il a l'obligation de respecter leurs droits fondamentaux. En revanche, lorsque l'étranger en question se trouve sur le territoire d'un État avec un titre valable ou lorsque sa présence est régie par un traité international bilatéral, ou multilatéral, comme c'est le cas pour un réfugié, le pouvoir d'expulsion de l'État est beaucoup plus limité, ainsi que le prévoit par exemple l'article 32 de la Convention relative au statut des réfugiés.

51. En cas de non-respect des normes conventionnelles régissant le statut de l'étranger sur le territoire de l'État expulsant ou d'atteinte aux droits de l'homme, il y a lieu de prévoir qu'un État puisse exercer la protection diplomatique au profit de son national et, éventuellement, engager la responsabilité de l'État expulsant.

52. Enfin, répondant à la question posée par le Rapporteur spécial au paragraphe 30 de son rapport, M. Daoudi considère que l'objectif de l'étude doit être d'établir le régime juridique de l'expulsion des étrangers. Pour être complet, un tel régime devrait reposer à la fois sur les règles internationales existantes et sur des règles que la Commission peut proposer au titre du développement progressif du droit international. Si la Commission parvient à établir un équilibre acceptable entre le droit souverain des États d'expulser des étrangers et leurs obligations d'assurer le respect des droits fondamentaux des expulsés, ses travaux devraient pouvoir aboutir à un projet d'articles sur le sujet.

53. M. Sreenivasa RAO dit qu'il est indispensable de délimiter clairement la portée du sujet. Il importe donc d'établir une distinction entre, d'une part, l'expulsion des étrangers et, d'autre part, *a*) la non-admission de demandeurs d'asile; *b*) les déplacements internes; *c*) les déplacements internationaux en temps de conflit armé, à la suite de la création de nouveaux États ou du démembrement d'un État, ou encore à la suite de catastrophes naturelles; et *d*) le refus d'admission d'étrangers sur le territoire (refoulement).

54. Dans le même ordre d'idées, devraient aussi être exclues du sujet les questions relatives à l'expulsion de migrants illégaux, à l'exception de ceux qui séjournent depuis longtemps sur le territoire, même s'ils y sont entrés sans titre valable. Dans ce dernier cas, tout exercice arbitraire du droit d'expulser pourrait soulever des questions relatives aux droits de l'homme et au droit humanitaire.

55. M. Sreenivasa Rao pense comme le Rapporteur spécial que, d'une manière générale, il vaudrait mieux éviter d'aborder les questions relatives à l'immigration et à l'émigration. C'est pourquoi les motifs de refus d'entrer sur le territoire visés au paragraphe 18 du rapport ne devraient pas faire partie de l'étude.

56. Comme indiqué au paragraphe 20 du rapport, le problème le plus difficile à résoudre est celui de savoir quels sont, parmi les nombreux motifs d'expulsion des étrangers, ceux qui sont admis par le droit international et ceux qui sont interdits. Il ne faudrait toutefois pas se contenter d'extraire des dénominateurs communs des législations nationales en la matière, mais les examiner de manière critique dans une perspective propre à promouvoir les droits de l'homme et à protéger la dignité humaine. Ainsi, dans l'esquisse du plan de travail à l'annexe I, les motifs repris sous le titre « Motifs contingents discutables en droit international » sont extrêmement sujets à caution à une époque de mondialisation et de brassage de populations. Il vaudrait peut-être mieux essayer d'identifier les différentes procédures applicables à toutes les décisions d'expulsion plutôt que de recenser les motifs d'expulsion. Ces procédures devraient être examinées sous l'angle du respect des formes régulières, de la non-discrimination dans l'accès à la justice de ceux qui sont menacés d'expulsion, de l'accès aux services consulaires ou juridiques, de la protection des biens personnels et des investissements, ainsi que du respect des obligations internationales applicables.

57. Il n'est pas inutile de rappeler que tout acte d'expulsion est également assujetti aux principes de la responsabilité de l'État et à ceux de la protection diplomatique. De plus, l'expulsion de travailleurs migrants doit obéir aux principes consacrés par la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990. La Commission devrait saisir l'occasion de cette étude pour poursuivre l'élaboration de ces normes, en les modifiant, s'il y a lieu, à la lumière de la pratique découlant de l'application de la Convention et de l'évolution des normes universelles relatives aux droits de l'homme. Par ailleurs, il faudrait préciser que les expulsions collectives, dont il est question au paragraphe 24 du rapport, sont en principe interdites en droit international. À tout le moins, une présomption claire en faveur de leur interdiction doit être établie. Pour ce qui est de la méthode à suivre, il semble raisonnable d'élaborer un régime juridique complet à partir des diverses sources disponibles, à savoir les traités internationaux, les normes relatives aux droits de l'homme et les principes généraux du droit international, qui peuvent être dérivés d'une étude comparative des pratiques et législations nationales.

58. Étant donné les observations formulées par plusieurs membres de la Commission, il serait souhaitable de repenser l'esquisse du plan de travail figurant à l'annexe I au rapport. Ainsi, les déplacements de population visés au chapitre I, section A.2 ne devraient concerner que les déplacements internationaux et non les déplacements internes. Le cas des apatrides mérite un traitement distinct et ne devrait pas être étudié dans le cadre du sujet de l'expulsion des étrangers.

59. Enfin, il faudrait également se pencher sur le problème des persécutions et de la discrimination pour des motifs raciaux, religieux, ou politiques dont peuvent être victimes les personnes expulsées dans les pays où elles sont renvoyées.

60. M. KATEKA commence par évoquer les définitions des termes « étranger » et « expulsion » qui figurent aux paragraphes 7 et 13 du rapport préliminaire. Il ressort de la définition d'« étranger » que les personnes déplacées sont exclues du champ de l'étude. En revanche, les apatrides devraient en faire partie.

61. En ce qui concerne la définition d'« expulsion » que certains membres ont trouvée trop large et d'autres trop étroite, M. Kateka pense que la Commission peut se satisfaire, au stade actuel, de la définition selon laquelle l'expulsion est un acte juridique par lequel un État oblige un individu ou un groupe d'individus qui a la nationalité d'un autre État à quitter son territoire (par. 13 du rapport). Le lien avec le franchissement physique de la frontière et les conséquences de l'expulsion pourront être examinés à un stade ultérieur, comme le suggère le Rapporteur spécial.

62. Le principe fondamental qu'il faudrait garder à l'esprit est que, en vertu du droit international, un État a le droit d'expulser des étrangers pourvu qu'il ne le fasse pas de façon arbitraire. L'étude devrait donc avoir pour objectif de contribuer à harmoniser les différentes situations d'expulsion d'étrangers, qui peuvent être très variées, selon la législation et la juridiction concernées.

63. M. Kateka évoque l'exemple des expulsions « constructives », où l'intéressé ne fait pas l'objet d'une expulsion officielle, mais est forcé de quitter le pays car il lui est impossible de continuer à y vivre. Il souhaiterait que le Rapporteur spécial aborde ce type d'expulsion dans ses prochains rapports. Il serait également utile d'accorder une attention accrue aux situations dans lesquelles le droit d'expulser s'exerce au détriment des droits de l'homme.

64. Un autre problème qui mérite d'être soulevé est celui du « deux poids, deux mesures ». En effet, les pays développés expulsent régulièrement vers les pays en développement ceux qu'on appelle des réfugiés économiques, mais lorsque ce sont les pays en développement qui expulsent des étrangers en situation irrégulière, on leur reproche de violer les droits de l'homme. Ainsi, certains pays d'Afrique ont généreusement accueilli des centaines de milliers de réfugiés sur leur territoire. Certains se sont installés et refusent de rentrer chez eux, alors même que la situation dans leur pays d'origine s'est stabilisée. Le pays d'accueil ne peut toutefois décider de les expulser sans encourir les protestations du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés (HCR) brandissant le principe du non-refoulement. Il serait bon que le Rapporteur spécial examine ce type de situation dans ses prochains rapports.

65. En ce qui concerne la méthode à suivre, le Rapporteur spécial devrait prendre comme point de départ les règles conventionnelles existantes et élaborer ensuite des principes de base qui pourraient orienter les États. La responsabilité de l'État et la protection diplomatique devraient être mentionnées chaque fois que nécessaire, en prenant soin d'éviter les répétitions et les doubles emplois. Enfin, le droit de retour des expulsés devrait être traité dans le cadre de l'étude.

66. M. CHEE félicite le Rapporteur spécial d'avoir produit un rapport préliminaire concis et bien écrit. Il rappelle que si un État a le droit souverain d'admettre des étrangers sur son territoire et de les en expulser, un tel droit est néanmoins circonscrit par le droit de l'État de protéger ses nationaux qui vivent à l'étranger et par la protection internationale des droits de l'homme. M. Chee cite plusieurs sentences arbitrales qui ont accordé une indemnisation à la personne expulsée au motif que le droit d'expulser n'avait pas été exercé de manière régulière. Ainsi, dans le cadre de l'affaire *Boffolo*, l'arbitre a rappelé que l'État possède effectivement un droit général d'expulser, mais que l'expulsion doit être vue comme un dernier recours et doit être effectuée de manière à léser le moins possible l'intéressé [p. 537 de la décision]. Par ailleurs, il convient de rappeler que l'Assemblée générale des Nations Unies a adopté dans sa résolution 40/144 en date du 13 décembre 1985 une déclaration intitulée « Déclaration sur les droits de l'homme des personnes qui ne possèdent pas la nationalité du pays dans lequel elles vivent ». Selon l'article 7 de cette déclaration, « à moins que des raisons impérieuses de sécurité nationale ne s'y opposent, [un étranger] doit avoir la possibilité de faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion ».

67. Considérant que les travailleurs migrants sont une catégorie d'étrangers importante à l'heure actuelle, M. Chee serait reconnaissant au Rapporteur spécial de consacrer une analyse plus approfondie au contenu de la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille.

68. Enfin, M. Chee demande des éclaircissements au Rapporteur spécial concernant plusieurs expressions utilisées dans l'esquisse du plan de travail. Il s'interroge notamment sur le sens qu'il faut donner au terme « transfert extraordinaire » qui figure au chapitre I, section A.9.

La séance est levée à 13 heures.

2852e SÉANCE

Vendredi 15 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Expulsion des étrangers (*fin*) [A/CN.4/554]

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT PRÉLIMINAIRE DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. KABATSI remercie le Rapporteur spécial pour son rapport extrêmement intéressant et savant (A/CN.4/554), qui donne un aperçu du sujet et les problèmes juridiques qu'il soulève, et le félicite pour sa maîtrise et sa connaissance de la matière.

2. Malheureusement, il arrive que les étrangers suscitent la méfiance, ou l'envie pour leur ardeur au travail et leur prospérité, et qu'on en fasse des boucs émissaires pour toutes sortes de malheurs. C'est pourquoi depuis toujours des étrangers ont été, et sont encore, expulsés. Certes, un État a le droit, dans l'exercice de sa souveraineté, d'expulser les étrangers « indésirables » de son territoire en application de décisions de ses autorités et de son droit interne. Toutefois, les relations entre États et les exigences de la mondialisation rendent nécessaires les relations et interactions entre les peuples au travers des frontières. Il existe en droit international coutumier, dans des traités et accords internationaux ainsi que dans la pratique et le droit interne des États des règles visant à introduire un certain ordre dans ce processus. Il incombe donc à la Commission et au Rapporteur spécial de recenser soigneusement ces règles, de les développer lorsque cela est possible et de les codifier en vue d'améliorer leur application.

3. Ces règles doivent définir clairement le terme « étranger » et choisir le terme, ou les termes, à retenir pour décrire le processus consistant à les expulser, une tâche à laquelle le Rapporteur spécial s'est attaché dans son rapport. Peut-être est-il judicieux de ne pas englober dans l'étude la situation des étrangers qui souhaitent entrer sur le territoire d'un État mais sont encore hors de ses frontières, les expulsions faisant suite à des différends territoriaux entre différents groupes et, peut-être, la situation des étrangers présents illégalement sur le territoire d'un État.

4. Si l'entreprise visant à préciser les notions à prendre en considération pour déterminer la portée du sujet « expulsion des étrangers » en vue de formuler un projet d'articles nécessite beaucoup de temps et d'efforts, elle n'en est pas moins utile. Pour les raisons indiquées au paragraphe 13 du rapport, il serait préférable de conserver le terme « expulsion ». Il est légitime de mettre l'accent sur le droit d'expulser, mais ce droit ne doit pas faire l'objet d'abus et doit être exercé conformément au droit interne et au droit international, notamment au droit international humanitaire et relatif aux droits de l'homme. Il est exact que la pratique des États en ce qui concerne les motifs d'expulsion est extrêmement variée, mais les États expulsants doivent respecter leurs propres droits et procédures internes et le droit international; à défaut, ils risquent d'engager leur responsabilité internationale. Il faut aussi tenir compte des droits d'autres États, notamment le droit d'exercer la protection diplomatique.

5. Les règles conventionnelles existantes et les autres règles établies sur le sujet ne doivent pas être reprises dans le projet d'articles. Celui-ci devrait se limiter à combler les lacunes clairement identifiables. La méthodologie proposée dans l'esquisse de plan de travail figurant à l'annexe II au rapport doit être utilisée pour formuler des principes généraux de manière à combler ces lacunes. Dans l'ensemble, M. Kabatsi accueille avec satisfaction les propositions figurant dans le rapport préliminaire et les appuie.

6. M. SEPÚLVEDA dit que le rapport du Rapporteur spécial ouvre la voie à l'examen d'un sujet d'une importance fondamentale pour la protection des droits de l'homme. L'examen du sujet sera aussi l'occasion de recenser les normes juridiques internationales générales en matière d'expulsion des étrangers, ainsi que de codifier et de développer progressivement le droit international dans ce domaine. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial a noté qu'il n'existait pas encore de solutions définitives susceptibles d'être consacrées en droit positif. M. Sepúlveda souhaite donc, pour sa part, contribuer à la formulation de règles générales en mettant en lumière les éventuelles incohérences des solutions proposées dans le rapport.

7. Il semblerait que la reconnaissance d'un droit souverain inhérent de l'État d'expulser les étrangers soit un des principes directeurs du rapport. La notion d'expulsion des étrangers comprend divers éléments: il doit s'agir d'un acte juridique unilatéral, cet acte constitue une mesure de contrainte exercée contre une personne ou un groupe de personnes; il s'agit d'un acte inhérent à la souveraineté de l'État, son accomplissement signifie qu'un État oblige une personne ou un groupe de personnes à quitter son territoire, et cette personne ou ce groupe de personnes doivent être le national ou les nationaux d'un autre État. D'une manière générale, les motifs d'expulsion doivent viser à protéger l'ordre public, le droit international reconnaît que tout État a le pouvoir discrétionnaire d'expulser les étrangers en tant qu'attribut de sa souveraineté et, enfin, il s'agit d'un principe du droit international coutumier.

8. Pourtant ces éléments sont contredits par d'autres affirmations figurant dans le rapport, qui indique, par exemple, que le droit de l'État d'expulser les étrangers relève du droit international. Cet argument semble contredire totalement le principe du pouvoir d'un État souverain d'expulser les étrangers, un attribut essentiel de la souveraineté qui serait érodé si on l'assujettissait à des restrictions et des limitations. Le principal problème est de déterminer quand un État abuse du droit d'expulsion et de définir les motifs justifiant et légitimant l'expulsion d'un étranger. Il est donc nécessaire d'identifier les limites des pouvoirs souverains et d'établir la nature et la portée d'un régime juridique international général découlant des traités ou de la coutume, qui soit universellement reconnu, accepté et appliqué aussi bien en temps de guerre qu'en temps de paix. Un tel régime ne permettrait plus aux États de justifier ingénieusement leurs actes arbitraires. Les divers motifs d'expulsion énumérés au paragraphe 19 du rapport illustrent la large gamme d'arguments avancés par les États pour expliquer l'adoption d'une mesure unilatérale, qu'elle soit ou non justifiée, pour protéger leurs intérêts dans certaines circonstances.

9. Le principal défi auquel la Commission et le Rapporteur spécial sont confrontés consiste à démontrer que les normes protégeant les droits fondamentaux de la personne humaine transcendent la compétence de l'État et que ce nouvel état de fait a des conséquences sur le droit de l'expulsion des étrangers. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, il est nécessaire de décider, parmi les nombreux motifs d'expulsion des étrangers, lesquels sont admissibles en droit international et lesquels doivent être interdits.

10. La validité juridique de la thèse selon laquelle les droits relatifs à l'expulsion peuvent découler soit du droit interne de l'État expulsant soit du droit international des

droits de l'homme est contestable. Il est dit dans le rapport que la licéité de l'expulsion dépend de sa conformité aux procédures d'expulsion en vigueur dans l'État expulsant et que cette exigence peut être considérée comme une obligation de droit international général et non comme une obligation conventionnelle ou de droit interne uniquement. Cette hypothèse est ensuite justifiée au paragraphe 23 du rapport par un argument qui devrait être plus solidement étayé, à savoir qu'« à défaut d'une convention, elle [l'exigence du respect des procédures] pourrait valablement revendiquer une base coutumière de droit interne ou être considérée comme un principe général de droit ». Ces conclusions doivent être étudiées de manière plus approfondie. Il serait difficile de prouver que tous les États ou une importante majorité d'entre eux réglementent les procédures d'expulsion dans leur droit interne. La communauté internationale aspire toujours à l'adhésion universelle aux traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et à l'application de ces traités. Il est probable que le droit international coutumier régissant l'expulsion des étrangers est toujours en gestation.

11. Quant au régime d'expulsion applicable aux travailleurs migrants, il serait souhaitable d'examiner les mécanismes utilisés par les États pour rapatrier leurs nationaux qui sont illégalement présents dans un autre État. Un tel rapatriement ne peut être décrit comme un acte unilatéral puisqu'il repose sur des accords bilatéraux concernant la réadmission. Il ne s'agit pas non plus d'une mesure de contrainte puisqu'il s'agit du transfert d'une personne qui n'est pas légalement présente sur le territoire d'un État dont elle n'est pas un national. L'essence de tels accords est que les autorités de l'État d'origine, à la demande officielle de celles de l'État requérant, réadmettront sur le territoire de l'État d'origine les nationaux d'États tiers qui sont entrés illégalement sur le territoire de l'État requérant à partir du territoire de l'État requis. L'Espagne, par exemple, a récemment conclu de nombreux accords de ce type avec des gouvernements européens et africains et est sur le point d'en signer plusieurs autres. Le Rapporteur spécial pourrait étudier si de tels accords de rapatriement peuvent constituer un outil juridique susceptible d'atténuer la détresse qu'implique le processus d'expulsion.

12. Enfin, il sera nécessaire d'étudier la possibilité que l'État de nationalité de la personne expulsée exerce sa protection diplomatique en prenant fait et cause pour cette dernière. Cette possibilité présuppose l'existence d'un préjudice découlant d'un fait internationalement illicite, et servirait assurément la défense des droits de l'homme fondamentaux, mais seulement lorsqu'il est établi que l'État expulsant a effectivement commis un fait illicite. Ceci constituerait également un critère valide pour l'élaboration d'un régime juridique international intégré régissant l'expulsion des étrangers, dans le cadre duquel un système de responsabilité de l'État aurait un rôle à jouer.

13. L'entreprise proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 28 de son rapport, à savoir comparer les pratiques nationales en matière d'expulsion des étrangers afin d'identifier les règles pouvant être considérées comme communes à la communauté des États et donc codifiées en tant que normes juridiques internationales nécessitera assurément beaucoup d'efforts, mais elle sera extrêmement utile.

14. M. KAMTO (Rapporteur spécial), résumant le débat, remercie les membres de la Commission pour leurs observations constructives et éclairantes et pour les réponses claires et précises qu'ils ont fournies aux questions qu'il soulève dans son rapport préliminaire, qui a dans l'ensemble été bien accueilli. M. Koskenniemi a été le seul membre à exprimer un désaccord fondamental avec l'approche proposée, affirmant que la Commission devrait d'abord examiner quels sont les intérêts en jeu dans l'expulsion des étrangers en tant que processus social et dans quelle mesure la législation, ou le droit, peut fournir des réponses appropriées, avant de passer à l'examen de la portée du sujet et de ses autres aspects. M. Koskenniemi considère que la méthode consistant à commencer par étudier la portée et les principes généraux est trop éloignée de la réalité et que la Commission devrait au contraire formuler des normes susceptibles d'aider les gens ordinaires. Plus précisément, il a exprimé des réserves au sujet de ce que le Rapporteur spécial considère comme le problème principal, estimant que celui-ci n'est pas comment concilier le droit de l'État d'expulser et les droits de la personne expulsée. Il estime qu'un État n'a pas a priori de droit d'expulsion et qu'une telle approche est trop générale. Il a enfin déclaré qu'un examen des quatre catégories de restrictions à l'expulsion proposées par M. Gaja constituerait une démarche plus pragmatique même si ces quatre catégories de restrictions ne sont pas les seules possibles.

15. En réponse aux objections de M. Koskenniemi, le Rapporteur spécial fait observer que l'historique du sujet et les principales considérations socio-économiques en matière d'expulsion sont traités aux paragraphes 1 à 6 du rapport. Il n'a pas l'intention de les examiner plus avant dans ses futurs rapports car, conformément au mandat et à la pratique établie de la Commission, les sujets inscrits au programme de travail de celle-ci doivent être étudiés en vue d'identifier les règles établies par la coutume ou intéressant le développement progressif du droit international. Les considérations générales sur le sujet ne constituent qu'une introduction à celui-ci et ne doivent pas prendre plus de place que nécessaire.

16. Quant à l'approche proposée, tout plan de travail est toujours général, car son objet est de définir des catégories couvrant des situations diverses. Ces catégories sont énumérées dans la première partie du plan de travail, figurant à l'annexe I. Le Rapporteur spécial espère que ses futurs rapports dissiperont toute impression d'imprécision que peut avoir créé le rapport préliminaire.

17. Les membres de la Commission sont d'une manière générale d'accord sur un certain nombre de points. Premièrement, le titre actuel du sujet doit être conservé, même si le contenu de ses deux éléments constitutifs, « expulsion » et « étrangers », doit être développé. Deuxièmement, le problème central identifié à la fin du paragraphe 5 du rapport, à savoir comment concilier le droit d'expulser, qui semble inhérent à la souveraineté de l'État, avec les exigences du droit international, a été jugé pertinent. Le champ d'application doit être soigneusement examiné et la notion d'expulsion délimitée. Troisièmement, le refus d'admission et, d'une manière générale, les questions

d'immigration ne doivent pas être examinées. Quatrièmement, les mouvements migratoires et les situations résultant de la décolonisation, l'exercice de l'autodétermination ou l'occupation au Moyen-Orient ne devraient pas non plus être examinés, à en juger par les réserves exprimées par M. Dugard, M. Brownlie et M. Matheson et les perspectives historiques exposées par M. Daoudi. Cinquièmement, la méthodologie proposée est généralement acceptable. Si certains membres, comme M. Sepúlveda, ont exprimé des réserves, la plupart sont convenus qu'un régime juridique aussi complet que possible devait être élaboré, qui reprendrait, si nécessaire, les règles conventionnelles existantes. Des analyses comparées et critiques des législations nationales en la matière devraient être utilisées comme sources. La jurisprudence des organismes internationaux et régionaux des droits de l'homme, par exemple le Comité des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme, la Commission européenne des droits de l'homme, la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples, la Cour interaméricaine des droits de l'homme, le Tribunal des différends irano-américains et la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie devrait être examinée. Enfin, la plupart des membres ont approuvé l'orientation générale du plan de travail, étant entendu qu'il sera répondu aux questions qu'ils ont soulevées.

18. Telle est donc la base d'accord qui s'est dégagée du débat. D'autre part, des réserves ont été exprimées, notamment au sujet de la définition de l'expulsion des étrangers. M. Gaja, qu'ont appuyé M. Mansfield, M^me^ Escarameia et M. Fomba, a déclaré qu'elle devrait englober les situations dans lesquelles un étranger est contraint, en pratique, par diverses manœuvres, à quitter le territoire d'un État. M. Fomba a quant à lui déclaré que l'expulsion pourrait dans certains cas constituer un acte matériel et juridique de l'État sans nécessairement prendre la forme d'un acte juridique officiel. Si le Rapporteur spécial accepte ce point de vue, il ne pense pas que les deux approches s'excluent mutuellement. La définition qui sera élaborée visera donc à couvrir aussi bien les situations dans lesquelles l'expulsion prend la forme d'un acte juridique unilatéral officiel que celles dans lesquelles il s'agit d'un événement juridique.

19. Les éclaircissements qui ont été demandés sur la définition de l'« étranger » auront une influence sur la portée du sujet, dont l'étude vise précisément à indiquer quelles catégories de personnes sont couvertes par le projet. Le Rapporteur spécial peut déjà confirmer qu'elles comprendront les personnes vivant sur le territoire d'un État dont elles ne sont pas des nationaux, une distinction étant faite entre celles qui y sont légalement et celles qui y sont illégalement. À cet égard, il serait de même utile de tenir compte de la situation des personnes qui sont en situation illégale mais vivent déjà sur le territoire d'un État. En outre, les personnes couvertes par le projet comprendront les réfugiés, les demandeurs d'asile, les apatrides, et les travailleurs migrants.

20. Il serait d'autre part difficile d'y faire figurer les personnes auxquelles l'admission a été refusée, comme l'a demandé M^me^ Xue. Ces personnes, si elles sont déjà entrées sur le territoire de l'État, sont des étrangers en situation illégale, mais si elles n'ont pas encore franchi la frontière et accompli les formalités d'immigration, elles demeurent des personnes demandant l'admission et, par conséquent, leur situation ne relève pas du sujet. C'est à juste titre que M^me^ Xue déclare qu'un apatride peut être expulsé vers un pays où il a déjà vécu, et M. Sreenivasa Rao a proposé d'étudier ces situations séparément. Le Rapporteur spécial a pris bonne note de ces opinions.

21. Il indique qu'il n'a pas l'intention de faire figurer dans le futur projet d'articles de dispositions sur les expulsions en temps de conflit armé, puisque le droit international humanitaire énonce des règles spécifiques à cet égard. D'autre part, il entend éviter de s'arrêter sur les questions complexes de nationalité qui souvent se posent à la suite de changements dans le statut d'un territoire, comme celles qui se sont posées lorsque l'Érythrée a accédé à l'indépendance et que de ce fait des Éthiopiens ont changé de nationalité et ont été expulsés. Néanmoins, ces situations seront examinées pour déterminer quelles solutions offre le droit international. Il s'agit d'étudier la situation de l'étranger sans entrer dans des considérations touchant sa nationalité individuelle.

22. M. Chee a demandé des éclaircissements en ce qui concerne des notions comme celles de « transfert extrajudiciaire » et « transfert extraordinaire ». Il a tout à fait raison d'être préoccupé par l'usage de certaines expressions étranges qui ne sont pas nécessairement bien établies en droit international. Le Rapporteur spécial indique qu'il a essayé de dissiper le flou qui entourait la notion d'expulsion en délimitant sa portée et en la débarrassant des notions voisines ne relevant pas directement du sujet. Les notions visées par M. Chee sont souvent empruntées au langage politique et diplomatique ou au journalisme, et n'ont été mentionnées dans le plan de travail qu'en vue de leur exclusion.

23. Certains membres de la Commission ont fait observer que le plan de travail omettait un certain nombre de principes généraux applicables à l'expulsion. M. Gaja, M. Sreenivasa Rao et M. Rodríguez Cedeño ont fait des propositions précises à cet égard. Si leurs observations sont justifiées, l'omission est intentionnelle: la plupart des principes en question seront énoncés dans le chapitre II, section B.2 de la première partie, « Principe du respect des droits fondamentaux de la personne humaine dans la procédure d'expulsion ». Mais ces principes n'ont pas à être soulignés. C'est pourquoi, lorsqu'il révisera le plan de travail, le Rapporteur spécial mettra davantage l'accent sur le principe qui veut que l'expulsion soit menée conformément au droit, tant procédural que de fond, le principe de la non-discrimination, le principe exigeant que la personne expulsée ait le droit de choisir l'État qui la recevra si plus d'un État accepte de la recevoir, et le principe selon lequel les investissements et les biens de la personne expulsée doivent être préservés. D'autres droits, comme le respect de la vie privée, de la vie de famille et de la dignité humaine, seront examinés au titre du principe du respect des droits fondamentaux de la personne humaine dans la procédure d'expulsion. Le droit des personnes expulsées à la protection consulaire est une question intéressante qui pourra être envisagée dans le cadre de la protection diplomatique par des moyens non judiciaires.

24. Certains membres de la Commission, parmi lesquels M. Sepúlveda, semblent avoir mal compris ce qu'il a déclaré au sujet du droit d'expulser. M. Economides a dit qu'il fallait éviter de qualifier ce droit d'« absolu » ou de « discrétionnaire », mais le Rapporteur spécial fait observer qu'il n'a jamais utilisé le mot « absolu » dans ce sens. Au contraire, au paragraphe 16 de son rapport, il déclare que le droit d'expulsion n'est pas un droit absolu de l'État. Il a par contre effectivement parlé de droit « discrétionnaire », mais tous les auteurs sans exception le font. Pour ne citer qu'une seule source, on peut lire dans *Oppenheim's International Law* que si l'État jouit d'un large pouvoir discrétionnaire dans l'exercice de son droit d'expulser un étranger, ce pouvoir n'est pas absolu.[1]

25. C'est assurément par l'effet du même malentendu que M. Brownlie a relevé une contradiction entre le paragraphe 16, où il est dit que l'État est tenu de motiver l'expulsion, et le paragraphe 15, aux termes duquel le droit d'expulsion est un attribut de la souveraineté de l'État. Le Rapporteur spécial ne voit là aucune contradiction: un attribut de la souveraineté n'est pas un droit absolu, et les droits souverains, dans ce domaine comme dans d'autres, sont toujours exercés conformément au droit international.

26. M. Pambou-Tchivounda a déclaré que le titre de la deuxième partie de l'esquisse du plan de travail (annexe I) « Régime des expulsions » ne reflétait pas la notion de régime. Pourtant, si par « régime juridique » on entend un ensemble de règles applicables à une institution juridique, et qui couvre aussi bien les organes que les normes, la deuxième partie traitera bien des régimes juridiques applicables aux diverses catégories d'étrangers qui ont été ou peuvent être expulsés. Les règles générales sont énoncées dans la première partie, et les subdivisions de la deuxième partie renvoient non à des règles distinctes formant un régime juridique unique mais à des catégories distinctes d'étrangers sujets à expulsion, chaque catégorie devant être étudiée du point de vue des règles spécifiques qui lui sont applicables. Il ne peut y avoir de régime uniforme pour la deuxième partie, car les situations qu'elle envisage ne sont pas uniformes mais diverses, selon qu'elles concernent des réfugiés, les personnes légalement présentes dans un pays ou les apatrides, par exemple.

27. Le problème des recours en justice contre un acte d'expulsion sera examiné dans la deuxième partie, tout comme la relation entre l'État expulsant et les États tiers ou de transit, une relation réglementée par des régimes spécifiques applicables à l'expulsion de certaines catégories de personnes comme les réfugiés ou les demandeurs d'asile. La deuxième partie énoncera également le principe du droit de l'État d'expulser toute personne se trouvant illégalement sur son territoire, au seul motif de cette illégalité: sur ce point, le Rapporteur spécial est pleinement d'accord avec M. Matheson. Le respect des procédures d'expulsion et de l'individu en cas d'expulsion est bien entendu une question tout à fait différente.

28. Les conditions de l'expulsion seront énoncées dans la deuxième partie. Pour le Rapporteur spécial, la distinction qu'il a faite entre les conditions imposées par le droit international, y compris le droit international relatif aux droits de l'homme, et par le droit interne de l'État expulsant lui semble justifiée. Dans le cas des premières, l'État est tenu par la règle *pacta sunt servanda*: il s'est engagé et il doit s'acquitter d'un certain nombre d'obligations internationales relatives aux procédures d'expulsion et aux conditions de fond applicables à cet égard. Dans le cas des secondes, l'État est tenu par la règle *tu patere legem quam ipse fecisti*: il doit respecter la législation qu'il a lui-même adoptée. S'il existe une législation interne régissant les procédures d'expulsion des étrangers, l'État qui les a librement adoptées doit les respecter. Dans le cas des conditions imposées par le droit international, le non-respect de la règle peut rendre l'expulsion illicite et engager la responsabilité internationale de l'État expulsant, alors que s'agissant des conditions imposées par le droit interne, leur non-respect rend l'expulsion illégale et peut entraîner son annulation devant les tribunaux internes. Pour éviter toute ambiguïté, il serait sans aucun doute préférable de parler, même dans le cas des conditions imposées par le droit interne, des conditions de l'expulsion plutôt que des procédures d'expulsion, car même les législations nationales peuvent associer règles de procédure et règles de fond. La décision rendue en 1987 par le Tribunal des différends irano-américains dans l'affaire *Yeager* montre clairement que l'obligation d'accorder un délai raisonnable à la personne expulsée pour lui permettre de faire ses bagages peut être considérée à la fois comme une règle de procédure et comme une règle de fond.

29. Enfin, s'agissant de la troisième partie du plan de travail « Conséquences juridiques de l'expulsion », certains membres de la Commission semblent être réservés au sujet du renvoi à la protection diplomatique et à la responsabilité de l'État expulsant. Là encore, il semble y avoir malentendu: comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 27, il ne s'agit pas d'étudier à nouveau ces sujets, mais de tirer parti des règles déjà élaborées pour concevoir un régime juridique complet de l'expulsion des étrangers en examinant les conséquences juridiques d'une expulsion illicite. Quant au droit de retour, au sujet duquel M. Dugard a posé des questions, le Rapporteur spécial ne le voit pas dans le contexte du conflit israélo-palestinien, mais simplement comme le droit d'un individu qui aurait obtenu l'annulation d'une procédure d'expulsion illégale de rentrer dans le pays dont il a été illégalement expulsé.

30. En conclusion, le Rapporteur spécial demande à tous les membres de la Commission de communiquer au Secrétariat la législation de leur pays ou d'autres en ce qui concerne l'expulsion des étrangers. Il serait en outre particulièrement reconnaissant à M. Kateka si celui-ci voulait bien rédiger une note succincte et la lui communiquer accompagnée de toute documentation pertinente pour expliquer la notion de « *constructive expulsion* », dont il avoue tout ignorer. Le Rapporteur spécial serait également reconnaissant au Secrétariat si celui-ci voulait bien établir une étude similaire à celle qu'il a élaborée sur les effets des conflits armés sur les traités mais comprenant un recueil de documents relatifs à l'expulsion des étrangers, organisée selon le plan de travail sur lequel il semble exister un accord général au sein de la Commission. Une telle étude faciliterait le travail d'analyse dont

[1] 9e éd., Robert Jennings and Arthur Watts (dir. publ.), t. 1, Harlow, Essex (Royaume-Uni), Longman, 1992, p. 940 et 941.

le Rapporteur spécial pourrait ensuite tirer les conclusions afin de formuler des projets d'articles.

31. En conclusion, le Rapporteur spécial s'engage à ne ménager aucun effort pour présenter un premier rapport sur le sujet à la session suivante de la Commission.

32. M. KOSKENNIEMI remercie le Rapporteur spécial de son résumé exhaustif du débat et spécialement d'avoir répondu aux préoccupations qu'il a lui-même exprimées. Le Rapporteur spécial a qualifié ses observations de «réserves», mais il ne s'agissait en aucune matière d'objections, précisément parce que M. Koskenniemi voit mal à quoi l'on peut s'opposer ou ce que l'on peut appuyer au stade actuel des travaux. Ce qu'il souhaiterait, c'est que l'on procède à un tour d'horizon historique et socio-économique du sujet en préalable au processus de codification. Il persiste à penser qu'un tel tour d'horizon est nécessaire pour que la Commission puisse identifier le but normatif de ses travaux.

33. Pour M. Koskenniemi, outre l'expulsion des étrangers, un certain nombre de questions dont la Commission est saisie ou qu'elle pourrait étudier à l'avenir appellent de telles études historiques ou socio-économiques. Le sujet de l'expulsion des étrangers est fondamentalement différent des autres sujets que la Commission a étudiés avec succès par le passé. Universitaire d'un pays développé, il n'a lui-même qu'une connaissance très limitée des circonstances factuelles de l'expulsion des étrangers, des différents intérêts en jeu et des motivations des divers acteurs. Il lui arrive de lire des articles de presse à ce sujet, qui semblent très éloignés de sa propre expérience. La relation qu'a faite M. Fomba de sa rencontre dans un avion avec un compatriote expulsé d'un pays européen l'a beaucoup touché. Il s'agit d'un incident isolé, mais il atteste qu'il faut légiférer si l'on veut préserver l'état de droit dans de telles situations.

34. M. Koskenniemi se demande donc, en tant que publiciste, quelle attitude il doit adopter face à cette entreprise de codification. Par le passé, la Commission a codifié avec succès des sujets comme le droit des traités, les relations diplomatiques, la succession d'États, l'immunité et la responsabilité. Comme les autres membres de la Commission, il est un expert de tous ces sujets, et c'est tout à fait légitime que ce soit les membres qui codifient le droit dans ce domaine. Par contre, s'agissant de l'expulsion des étrangers, il n'a pas le sentiment d'être un expert: en fait, on pourrait lui reprocher d'avoir la position qui est la sienne parce qu'il ne connaît pas suffisamment le sujet.

35. On peut identifier des groupes de problèmes sur lesquels mener des études. Quelle est par exemple la région géographique dans laquelle les expulsions d'étrangers sont les plus fréquentes? Quelles modalités, expulsions individuelles ou expulsions collectives, sont les plus problématiques? Quelles sont les raisons économiques de l'expulsion, les raisons raciales – assurément plus douteuses – ou les raisons sécuritaires? Le Rapporteur spécial envisage ces raisons comme des motivations. Lorsque des États se livrent à des activités suspectes, ils expliquent leurs motivations de manière à être vus sous le meilleur jour possible. Toutefois, derrière les motivations acceptables qu'ils invoquent, il y a souvent une raison inacceptable, par exemple le racisme. Et l'on ne peut découvrir les véritables raisons tant qu'on n'a pas effectué une étude socio-économique.

36. Il y a ainsi deux manières de mener à bien une telle entreprise: l'une consiste à identifier un problème et à essayer de le résoudre, l'autre, à identifier une notion et à essayer de la clarifier. La Commission a très souvent choisi cette dernière option dans ses travaux sur les sujets susmentionnés. Toutefois, l'expulsion des étrangers est un sujet différent. Il s'agit d'un problème actuel et spécifique qu'il faut résoudre. La référence dans le rapport à la notion d'expulsion de l'étranger est donc frustrante pour M. Koskenniemi, parce que ce n'est pas la notion qui l'intéresse, mais bien le problème.

37. Il demande que l'on effectue une étude socio-économique non pour des raisons purement académiques ou parce que le sujet est particulièrement stimulant du point de vue intellectuel, mais parce qu'une telle étude aiderait la Commission à identifier le but de son entreprise normative. Ceci peut sembler une tâche considérable. Les membres de la Commission ne sont pas des économistes ni des sociologues, et M. Koskenniemi ne demande pas un document de 500 pages sur le sujet rempli de graphiques et de chiffres. Il faudrait simplement faire un tour d'horizon des problèmes et des situations les plus importants des 20 dernières années en ce qui concerne les expulsions d'étrangers, ce qui permettrait d'identifier des cas ou des intérêts typiques. C'est ainsi que Max Weber aurait procédé.

38. En résumé, une approche nouvelle s'impose pour examiner le sujet, dont l'essence est différente de celle des sujets plus traditionnels de droit international public que la Commission a étudiés avec tant de succès par le passé.

39. M. BROWNLIE dit que malgré le soin que le Rapporteur spécial a pris pour répondre aux observations, il a omis d'aborder trois points. Le premier est celui de la relation entre les paragraphes 15 et 16. M. Brownlie continue de penser qu'ils sont contradictoires, et il ne sert à rien de dire qu'il ne faut pas abuser du droit d'expulsion, cela vaut pour presque tout sujet faisant intervenir des principes d'une espèce ou d'une autre. Il se trouve seulement que la doctrine a tendance à considérer que parce qu'il s'agit d'un droit discrétionnaire, il ne faut pas en abuser.

40. Certes, le Rapporteur spécial n'a pas affirmé que le droit d'expulsion était un droit absolu, mais il faut se demander quelle est la polarité entre un pouvoir discrétionnaire et son contraire. Le pouvoir discrétionnaire est aussi réglementé par le droit, il n'y a donc pas polarité simpliste entre pouvoir discrétionnaire, d'une part, et pouvoir discrétionnaire réglementé par le droit, de l'autre. La Commission va au devant de très gros problèmes si elle n'admet pas que d'une manière générale, l'État jouit d'un pouvoir discrétionnaire, quoique réglementé par le droit et limité par d'autres principes du droit international.

41. Ainsi, et c'est là le deuxième point, il est important de maintenir la distinction simple entre un droit et les modalités de son exercice. On a mis l'accent, et c'est l'erreur habituelle, sur les questions relatives aux droits

de l'homme. Les droits de l'homme interviennent en ce qui concerne les modalités. Même si en principe un État exerce son droit d'expulsion licitement, certaines modalités relevant des normes relatives aux droits de l'homme doivent être observées; mais elles sont différentes. Elles s'appliquent, elles sont extrêmement pertinentes et très importantes, mais elles ne sont pas au centre du sujet.

42. Le troisième point, qui en un sens rejoint les préoccupations de M. Koskenniemi, est que le problème n'est pas de savoir quels sont les intérêts concernés, parce que ces intérêts sont multiples. Certains relèvent des droits de l'homme, parce que l'État a une obligation, non seulement en application de traités multilatéraux énonçant des normes dans le domaine des droits de l'homme, mais aussi en vertu du droit international coutumier, de maintenir l'ordre sur son territoire afin de pouvoir protéger sa population et les visiteurs, qui peuvent comprendre des travailleurs migrants à long terme; de fait, les visiteurs constituent une catégorie très complexe. Ainsi, il ne s'agit pas tant de passer en revue l'histoire socio-économique, parce qu'elle variera d'un pays à l'autre et d'une région à l'autre à l'intérieur d'un pays donné. Le sujet n'est pas « relatif à » l'expulsion des étrangers. Pourquoi la Commission doit-elle axer son attention sur un État qui annonce qu'il va expulser des étrangers? L'expulsion des étrangers n'est pas une fin en soi pour de nombreux États. En fait, le sujet est celui du contrôle licite par un État de son territoire afin de pouvoir y appliquer son droit interne et les principes du droit international. L'expulsion des étrangers dans des circonstances appropriées est une manière d'exercer ce contrôle. Le Rapporteur spécial a méconnu ce point important. L'expulsion des étrangers est une étiquette utile et un terme conventionnel, mais qui décrit mal le phénomène. Si M. Brownlie est dans le vrai, alors le refus d'admission ne devrait pas être exclu de l'étude, parce qu'il fait partie de l'ensemble de la question du contrôle effectif qu'exerce un État sur la situation qui prévaut sur son territoire.

43. Mme XUE dit qu'elle doute que le franchissement physique d'une frontière par un étranger doive constituer une condition. Si un État a un droit inhérent d'expulser les étrangers de son territoire, ceci touche immédiatement la compétence territoriale de l'État et la portée territoriale d'un droit souverain. Toute expulsion d'étrangers concerne en fait l'étendue de la juridiction et du contrôle de l'État. L'exemple donné par M. Fomba illustre ce point. Un étranger n'a pas à être placé à bord d'un aéronef sur le territoire physique de l'État expulsant, mais uniquement dans une zone qui est sous la juridiction et le contrôle de cet État. Si la Commission se limite à l'aspect territorial et ne tient pas compte de l'étendue de la juridiction et du contrôle, l'étude entreprise laissera de côté un certain nombre de cas.

44. Parler d'« expulsion d'étrangers » n'est jamais la meilleure manière d'étiqueter un cas particulier. Les expulsions peuvent toujours se ramener à des catégories spécifiques de problèmes comme l'immigration illégale, l'action menée par les États contre la criminalité transfrontière, les problèmes de contrôle aux frontières, les travailleurs migrants, les réfugiés et les demandeurs d'asile. La Commission tentant d'élaborer un régime complet en ce qui concerne l'expulsion des étrangers, elle doit se demander quels intérêts pratiques sont en jeu. Mme Xue dit qu'elle a été très impressionnée par les observations éloquentes de M. Koskenniemi à cet égard. L'expulsion des étrangers n'est pas un problème isolé, mais quelque chose de quotidien et d'une grande actualité. Un équilibre doit être trouvé entre le droit de l'État d'expulser les étrangers et la nécessité de protéger les intérêts de l'individu. Le sujet est très important: les expulsions d'étrangers affectent les intérêts de beaucoup plus de personnes que les affaires de protection diplomatique.

45. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, déclare, faisant écho à l'observation de Mme Xue selon laquelle le sujet ne se limite pas à la souveraineté territoriale, dit que l'expulsion des passagers clandestins est une autre question qui pourrait être envisagée: de fait, elle l'a déjà été par la communauté internationale, et un texte international a été adopté sur la protection des droits fondamentaux des intéressés, qui souvent n'ont pas la nationalité de l'État du pavillon dont les autorités les expulsent.

46. M. CHEE rappelle que, dans l'affaire *Boffolo*, une distinction cruciale a été faite entre l'existence d'un droit et ses modalités d'application. Sir Hersch Lauterpacht, lui aussi, a souligné qu'une méthode d'expulsion injustifiable constituait un abus de droit[2]. Dans l'affaire *Yeager c. République islamique d'Iran*, le principe est le même: les modalités de l'expulsion, consistant à donner 30 minutes à l'intéressé pour faire ses bagages, étaient illicites. Ainsi, il faut avoir à l'esprit les modalités illicites d'une expulsion ou l'abus du droit d'expulsion lorsque l'on examine ce droit comme inhérent à la souveraineté de l'État. Il ressort de la jurisprudence des tribunaux internationaux, de la doctrine des publicistes et des instruments internationaux que les étrangers ne sauraient être injustement expulsés du territoire de l'État dans lequel ils résident légalement.

47. L'État peut exercer son droit d'expulsion en se fondant sur plusieurs motifs. Le Rapporteur spécial conclut que la légalité de l'expulsion s'appuie sur deux facteurs: *a*) la conformité à la procédure d'expulsion en vigueur dans l'État expulsant et *b*) le respect des droits fondamentaux de la personne. Goodwin-Gill suggère qu'il existe des limites à la fois substantielles et procédurales au droit d'expulser des étrangers[3]. Dans leur pratique, les États justifient l'expulsion *a*) en cas d'entrée illégale; *b*) en cas de non-respect des conditions d'admission; *c*) en cas de participation à des activités criminelles; et *d*) pour des raisons politiques ou de sécurité.

48. Au paragraphe 25 de son rapport, le Rapporteur spécial mentionne le cas des travailleurs migrants et renvoie à la Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille. De nos jours, l'un des aspects les plus saillants de l'expulsion des étrangers concerne les travailleurs migrants partout dans le monde. Le Rapporteur spécial

[2] *The Function of Law in the International Community*, Oxford University Press, 1933, p. 289.

[3] *International Law and the Movement of Persons between States*, Oxford University Press, 1978, p. 307.

aurait pu fournir plus de détails sur ce point afin d'éclairer la Commission.

49. M. ECONOMIDES dit qu'il veut dissiper un malentendu. Son observation selon laquelle il ne fallait pas utiliser les adjectifs « absolu », « discrétionnaire » ou « souverain » pour qualifier le « droit d'expulsion » n'était pas une critique du Rapporteur spécial mais une observation d'ordre général adressée à tous les membres de la Commission au sujet de la poursuite des travaux sur le sujet. Le droit d'expulsion est exercé conformément au droit interne, mais ce dernier ne doit pas être contraire au droit international, qui régit le droit d'expulsion et qui définit les conditions et les limites de l'exercice de tous les droits. La Commission ne doit pas parler de droit discrétionnaire ou absolu avant d'avoir examiné ces conditions et limites. Si, à la fin de ses travaux, elle estime que des qualificatifs sont nécessaires pour des raisons juridiques, elle pourra les ajouter à ce stade; mais l'épithète « discrétionnaire » est pour le moment prématuré.

50. M. MANSFIELD dit que l'approche du Rapporteur spécial n'est pas du tout incompatible avec celle de M. Koskenniemi. Si la Commission adopte la conception que M. Brownlie se fait du sujet, à savoir le contrôle licite de l'État sur son territoire, ceci inclut l'entrée non seulement des personnes mais aussi des biens. Si la Commission entend examiner la question de l'entrée des biens, il serait utile de faire un tour d'horizon des problèmes les plus récents en ce qui concerne les importations, par exemple l'application de règlements sanitaires pour interdire certaines importations, les difficultés d'application des règles relatives à l'origine des marchandises et les problèmes relatifs à l'introduction d'espèces étrangères. Ceci contribuerait aux travaux de la Commission. De même, il serait utile que le Secrétariat élabore un exposé des problèmes les plus pressants et les plus controversés qui se sont posés en ce qui concerne l'expulsion des étrangers au cours des 20 dernières années. Un tel exposé contribuerait aux travaux du Rapporteur spécial.

51. M. BROWNLIE dit qu'à l'évidence il ne propose pas que la Commission étudie les régimes frontaliers spéciaux, les démarcations, le contrôle du territoire et d'autres questions comme des sujets en eux-mêmes. Mais elle devrait examiner la raison d'être du sujet. L'expulsion des étrangers est un aspect important du problème du contrôle, et la Commission étudie l'expulsion des étrangers dans ce qui est son contexte, à savoir le contrôle effectif du territoire national pour y maintenir l'état de droit.

52. M^me^ ESCARAMEIA félicite M. Koskenniemi de ses observations éloquentes. Comme M. Mansfield, elle ne pense pas qu'il y ait incompatibilité entre les deux approches. Tout document élaboré par le Secrétariat devrait contenir une analyse des situations précises dans lesquelles des étrangers ont été expulsés. Ceci ne va pas à l'encontre des observations de M. Brownlie, parce que ces situations sont une conséquence de la nécessité pour l'État de contrôler son territoire. Elle appuie donc la proposition de M. Mansfield.

53. M^me^ Escarameia propose également, comme cela a été fait pour d'autres sujets, que la Commission sollicite l'opinion des spécialistes afin de se faire une idée de la situation des personnes qui sont expulsées. Elle songe aux experts de l'Organisation internationale pour les migrations, du Haut Commissariat des Nations Unies pour les réfugiés et du Haut Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, ainsi qu'aux organisations non gouvernementales actives dans ce domaine. La communauté scientifique a appris beaucoup à la Commission sur le sujet des aquifères, et les contacts que la Commission a eus avec les organes des Nations Unies chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme au sujet des réserves aux traités constituent également un précédent.

54. M. KEMICHA, évoquant l'aveu émouvant de M. Koskenniemi au sujet de son ignorance de la réalité des expulsions et de la distance qui sépare les juristes internationaux de cette réalité, fait observer que l'incident décrit par M. Fomba n'est pas exceptionnel: de tels incidents se produisent chaque jour dans les aéroports européens, dans les aéronefs européens et dans les ports européens. Il suffit d'ouvrir les yeux et les oreilles pour se rendre compte de ce qui se passe.

55. M. Brownlie a souligné qu'un État avait parfaitement le droit d'adopter et d'appliquer des mesures législatives pour protéger son territoire, mais le Rapporteur spécial ne dit pas le contraire dans son rapport préliminaire. Il va sans dire que chaque État a une législation et des garanties pour assurer que les expulsions s'effectuent compte dûment tenu du droit interne. Quant au droit de retour, une personne a récemment exercé un recours contre un arrêté d'expulsion, a obtenu gain de cause et a été autorisée à rentrer d'Algérie en France. Des affaires de ce type sont évoquées au paragraphe 27 du rapport. Il est donc injuste de dire que le Rapporteur spécial a méconnu le droit fondamental de l'État de protéger son territoire et ses nationaux.

56. M. BROWNLIE dit que s'il est fondé à dire que la raison d'être de l'étude du sujet est le contrôle effectif de son territoire par l'État pour des raisons tenant à l'ordre public international, la Commission doit décider s'il est logique qu'elle examine la question du refus d'admission. Ainsi, des conséquences pratiques découleront de la décision de la Commission de limiter le sujet à l'expulsion des étrangers, qui n'est qu'un mécanisme susceptible d'être utilisé pour caractériser le problème du contrôle effectif du territoire de l'État en relation avec la circulation des étrangers. Pour M. Brownlie, s'il a raison, il serait logique d'élargir le sujet au refus d'admission.

57. M. Sreenivasa RAO, commentant la proposition de M^me^ Escarameia, dit qu'il serait prématuré, alors que l'étude du sujet ne fait que commencer, que la Commission sollicite l'avis d'experts sur l'expulsion des étrangers. Il serait préférable de donner au Rapporteur spécial la possibilité d'étudier les documents dont il dispose et d'informer la Commission des résultats de ses recherches dans un rapport ultérieur. La Commission n'est pas un organe d'établissement des faits, et elle doit se garder de créer un précédent qui risque de n'être pas conforme à son mandat bien précis. Si la Commission doit faire preuve d'une plus grande flexibilité et travailler en ayant la société contemporaine à l'esprit, il y a de meilleures

manières d'y parvenir que de risquer de s'exposer inutilement aux fluctuations de l'opinion publique.

58. M. KAMTO (Rapporteur spécial), répondant aux observations et suggestions faites durant le débat, dit que s'il comprend M. Koskenniemi lorsque celui-ci déclare qu'il faut réaliser des études pour placer le sujet dans son contexte général, il souscrit également aux observations de M. Sreenivasa Rao en ce qui concerne le mandat et les méthodes de travail de la Commission. Certes, rien ne l'empêche de tirer parti des travaux ou de l'avis des experts sur le sujet, mais il ne semble pas nécessaire de leur demander officiellement de contribuer à ses travaux au stade actuel. Le Rapporteur spécial est donc favorable à la proposition de M. Mansfield, tendant à demander au Secrétariat de préparer un bref tour d'horizon de la situation, portant principalement sur le contexte historique mais peut-être également sur les facteurs socio-économiques pertinents, sous la forme d'un document d'information à l'intention des membres et non comme une partie du rapport ultérieur du Rapporteur spécial.

59. Le Rapporteur spécial prend note de l'observation très juste de M. Brownlie en ce qui concerne la distinction entre un droit et les modalités de son exercice, et la question de savoir si le droit d'expulsion est effectivement un droit inhérent à la souveraineté de l'État devrait ainsi être réglée. Toutefois, il ne pense pas que l'expulsion devrait être conçue comme faisant partie du sujet plus large du droit de l'État de contrôler son territoire et que de ce fait la question du refus d'admission devrait être envisagée dans le cadre de l'étude. Une telle extension de la portée de celle-ci ne ferait que compliquer les choses en diluant la notion même que la Commission essaie de définir. De plus, il est difficile de concilier les idées d'expulsion et de non-admission, puisque quelqu'un qui n'est pas encore entré sur un territoire ne peut pas en être expulsé. Même si l'on admet avec M. Brownlie que l'expulsion est un aspect du droit de l'État d'exercer un contrôle sur son territoire, il faut distinguer entre les mesures qu'adopte l'État à cette fin en refusant l'entrée de ce territoire aux personnes qui ne remplissent pas certaines conditions et les mesures applicables aux personnes se trouvant déjà sur ce territoire et qui peuvent en être expulsées.

60. Quant à la question, soulevée par Mme Xue, de savoir si la notion d'expulsion peut être élargie à des zones qui ne sont pas territoriales au sens strict et donc à des situations dans lesquelles des personnes se trouvant à bord de navires ou d'aéronefs se voient refuser l'entrée sur le territoire d'un État, le Rapporteur spécial a déjà rejeté une telle approche dans son rapport préliminaire lorsqu'il a évoqué l'affaire du *MV Tampa* (par. 9), et il maintient sa position. La notion d'expulsion ne peut s'appliquer tant que les personnes concernées n'ont pas physiquement passé la frontière et été soumises aux formalités d'entrée de l'État en question; c'est pourquoi le refus d'admission et le refoulement ne doivent pas être envisagés dans le cadre de l'étude. Bien que certains membres puissent penser que cela limite indûment la portée de celle-ci, de telles limitations sont nécessaires; à défaut, la Commission se compliquerait la tâche et élaborerait un projet d'articles qui créerait plus de problèmes qu'il n'en résoudrait. Quoi qu'il en soit, la tâche de la Commission consiste à examiner le problème de l'expulsion dans le cadre du droit international, et non les problèmes de l'immigration et de l'admission qui relèvent à l'évidence de la politique intérieure.

61. Le Rapporteur spécial prend note des éclaircissements donnés par M. Economides, mais il n'en pense pas moins, à la lumière des observations de M. Brownlie sur la distinction entre un droit et les modalités de son exercice, que le mot « discrétionnaire » peut être utilisé sans préjuger la notion d'expulsion. Il indique néanmoins qu'il n'insistera pas pour le moment, étant persuadé que la question se posera de nouveau, toutefois, car la doctrine est unanime pour dire que l'expulsion est un droit inhérent à la souveraineté de l'État et donc un droit de caractère discrétionnaire.

Actes unilatéraux des États (A/CN.4/549, sect. C et A/CN.4/557[4])

[Point 5 de l'ordre du jour]

Huitième rapport du Rapporteur spécial

62. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), présentant son huitième rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/557), rappelle qu'un Groupe de travail, présidé par M. Pellet[5], a été constitué pour analyser certains des exemples de la pratique des États présentés dans le septième rapport[6] afin d'en poursuivre l'examen dans le huitième rapport. Il remercie tous les membres de la Commission qui ont apporté une contribution précieuse à cet exercice. De plus, lors du débat sur le sujet qu'elle a tenu durant la cinquante-neuvième session de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a souligné que l'étape suivante de ses travaux devait consister pour la CDI à élaborer une définition claire des actes unilatéraux et à formuler des règles générales applicables à tous les actes unilatéraux et déclarations retenus par le Rapporteur spécial, à la lumière de la pratique des États et en vue de promouvoir la stabilité et la prévisibilité des relations entre ces derniers (A/CN.4/549, par. 75). La définition des actes unilatéraux doit être suffisamment large et souple pour laisser aux États assez de latitude pour leurs actes politiques, et elle doit aussi englober d'autres types de comportements susceptibles de produire des effets juridiques. Le Rapporteur spécial espère pouvoir élaborer cette définition durant la session en cours.

63. Le rapport donne des informations détaillées sur 11 exemples de différents types d'actes à examiner sur la base des directives adoptées par le Groupe de travail à la session précédente et énoncées au paragraphe 12 du rapport. Le premier exemple est la note datée du 22 novembre 1952 du Ministre des relations extérieures de la Colombie concernant la souveraineté du Venezuela sur l'archipel de Los Monjes. Il présente un intérêt particulier parce qu'il met en lumière les divergences de vues entre deux autorités étatiques différentes: le Gouvernement colombien a accepté la validité de la note alors que le Conseil d'État colombien l'a annulée.

---

[4] Reproduit dans *Annuaire… 2005*, vol. II (1re partie).

[5] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II, par. 245 à 247.

[6] Ibid., vol II (1re partie), document A/CN.4/542.

64. Le deuxième exemple est la Déclaration du Ministre des relations extérieures de Cuba sur la fourniture de vaccins à la République orientale de l'Uruguay. L'affaire est intéressante parce que le destinataire a rejeté l'acte au sens où Cuba l'entendait, à savoir comme une donation, et l'a considéré comme une opération commerciale.

65. Le troisième exemple est la renonciation de la Jordanie au territoire de la Cisjordanie, et il diffère des exemples précédents en ce qu'il a suscité des réactions d'autres États, notamment les États-Unis d'Amérique et la France. Il soulève également la question importante de savoir si la personne qui fait la déclaration au nom de l'État – le Roi de Jordanie – a le pouvoir de le faire. La Constitution jordanienne interdisant tout acte relatif à un transfert de territoire, il semblerait que le Roi a outrepassé ses pouvoirs, bien que cela n'ait pas empêché la renonciation de produire des effets juridiques, puisque le transfert du territoire cisjordanien a effectivement eu lieu. Cet exemple illustre la confirmation ultérieure d'un acte formulé par une personne qui n'est pas compétente pour le faire au regard des lois internes de l'État concerné.

66. Le quatrième exemple est la déclaration égyptienne du 24 avril 1957. Le cinquième exemple, les déclarations du Gouvernement français à propos de la suspension des essais nucléaires dans le Pacifique Sud, est remarquable en ce que, bien que les déclarations aient pris des formes diverses, notamment celles d'une note diplomatique et d'une déclaration à l'Assemblée générale des Nations Unies, il s'agit d'un acte unilatéral unique (par. 72).

67. Le sixième exemple est celui des deux protestations unilatérales de la Fédération de Russie contre le Turkménistan et l'Azerbaïdjan au sujet du statut des eaux de la mer Caspienne, qui ont pris la forme de notes diplomatiques. Celles-ci ont été adressées directement à leurs destinataires dans l'intention de produire des effets juridiques précis, à savoir empêcher l'acquisition ou la formation de certains droits ou revendications par les deux pays en question.

68. Le septième exemple, les déclarations formulées par les États dotés d'armes nucléaires devant le Conseil de sécurité et la Conférence du désarmement, ont déjà été envisagées par la Commission. Ces déclarations sont similaires par leur contenu et leur objectif est de donner des assurances négatives de non-utilisation d'armes nucléaires. Le huitième exemple est la Déclaration Ihlen du 22 juillet 1919. Le neuvième exemple est la Proclamation Truman du 28 septembre 1945, qui a été examinée par la Commission en relation avec les projets de conventions sur le droit de la mer et par la CIJ dans son arrêt dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*.

69. La particularité intéressante du dixième exemple est que l'acte en question était adressé non à un État mais à une organisation internationale, et consistait en diverses déclarations faites par des auteurs ou organes différents en Suisse à divers moments sur les exonérations d'impôts et les privilèges de l'ONU et de ses fonctionnaires. Le dernier exemple concerne le comportement de la Thaïlande et du Cambodge relativement à l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*.

70. Dans le dernier chapitre du rapport, le Rapporteur spécial indique quelles conclusions peuvent être tirées de l'analyse de ces exemples. Elles sont remarquables par leur variété, que ce soit du point de vue de leur sujet, de leur forme, de leurs auteurs ou de leurs destinataires. Ces derniers comprennent des États spécifiques ou des États *in statu nascendi* comme l'Organisation de libération de la Palestine en 1988, des fonctionnaires d'organisations internationales, des groupes d'États ou la communauté internationale en général. De même, les conséquences des actes unilatéraux sont diverses: dans certains cas ils ont abouti à des traités internationaux, dans d'autres ils ont profondément affecté un régime juridique important. Dans d'autres cas encore, les actes unilatéraux visaient à éviter les effets indésirables qu'aurait eu le silence. D'une manière générale, il est difficile de tirer des conclusions en ce qui concerne l'évolution des actes unilatéraux dans le temps.

71. Le Rapporteur spécial espère que les exemples donnés dans le rapport donneront lieu à un débat constructif permettant d'adopter une définition des actes unilatéraux des États durant la session en cours, définition sur la base de laquelle certaines règles ou principes régissant la matière pourront être dégagés.

La séance est levée à 13 heures.

2853e SÉANCE

Mardi 19 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, Mme Xue, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États (*suite*) [A/CN.4/549, sect. C et A/CN.4/557]

[Point 5 de l'ordre du jour]

HUITIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Mme ESCARAMEIA salue le rapport du Rapporteur spécial, déplorant toutefois que ses conclusions ne soient pas plus approfondies et qu'il ne contienne aucune proposition sur la manière d'aborder la suite des travaux.

2. La question des actes unilatéraux des États suscite deux types d'objections. Il y a d'une part ceux, plus radicaux, qui considèrent que l'acte unilatéral d'un État ne saurait être contraignant, car il ne concerne qu'une seule

partie et peut être modifié ou révoqué à tout moment (inapplicabilité du principe *pacta sunt servanda*). Or, le rapport montre bien que cette position n'est pas défendable au vu de la jurisprudence internationale (*Statut juridique du Groenland oriental*, *Temple de Préah Vihéar*, *Essais nucléaires*). Dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la CIJ a clairement rejeté la possibilité d'une révision d'un acte unilatéral: «l'engagement unilatéral résultant de ces déclarations ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision» (voir par. 82 du rapport). Il y a ensuite ceux qui estiment que les actes unilatéraux des États ne peuvent être une source du droit international en raison de leur trop grande diversité. Ces actes sont certes très différents, mais la pratique décrite dans le rapport montre qu'ils présentent certains points communs, déjà identifiés par le groupe de travail, sur lesquels la Commission pourrait fonder ses travaux.

3. La date, la forme et le contenu de l'acte ne semblent pas être des facteurs décisifs. L'auteur de l'acte et sa compétence (non pas au regard du droit interne mais du droit international) sont en revanche à prendre en considération. À cet égard, l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969, bien que trop restrictif, peut être utile, à condition que l'on étende la compétence à d'autres auteurs, notamment aux organes législatifs. L'intention, le contexte et les circonstances sont essentiels pour déterminer si un acte produit des effets juridiques. Là encore, dans l'affaire des *Essais nucléaires*, la CIJ a estimé qu'il convenait de considérer «[s]es déclarations… comme constituant un engagement de l'État, étant donné leur intention et les circonstances dans lesquelles elles sont intervenues» (voir par. 83 du rapport). Les destinataires sont eux aussi très divers, mais il semble que ce soient toujours des sujets de droit international. Quant à leur réaction, elle est particulièrement importante lorsqu'elle consiste à agir sur la base de l'acte en question ou à répondre à une demande précise. Les réactions éventuelles de tiers permettent aussi de déterminer s'il s'agit d'un acte unilatéral. Enfin, l'adoption d'instruments d'application, que ce soit par l'auteur, par les destinataires ou par des tiers, est un autre facteur donnant à penser que l'on est en présence d'un acte unilatéral.

4. Concernant la suite des travaux, Mme Escarameia est d'avis que la Convention de Vienne de 1969 n'est pas un bon modèle. Elle peut fournir des orientations, notamment sur la compétence des auteurs. Mais les actes unilatéraux sont très différents des traités, ce sont des actes faits par des États qui produisent en soi des effets juridiques. La Commission devrait donc commencer par convenir d'une définition, rédigée en des termes suffisamment larges pour laisser une marge de manœuvre; par exemple, «un acte émanant de l'autorité d'un État qui produit des effets juridiques en droit international». Ensuite, elle devrait analyser toute la jurisprudence et la pratique des États afin de dresser la liste des facteurs (intention, circonstances, réactions des destinataires ou de tiers, etc.) permettant de supposer qu'un acte donné produit des effets juridiques. À cet égard, il serait très utile que le Secrétariat réalise une étude analogue à son excellent document sur les effets des conflits armés sur les traités (A/CN.4/550 et Corr.1 et 2). Une fois cernée la notion d'acte unilatéral, la Commission pourrait examiner quels cas sont exclus de cette catégorie, puis aborder enfin les conséquences, telles que la responsabilité en cas de non-respect. Pour l'heure, ces objectifs semblent suffisants, le projet étant très ambitieux. Les États auraient ainsi une idée de ce qu'ils peuvent faire ou ne pas faire, et avec quelles conséquences.

5. M. PELLET partage l'intérêt de Mme Escarameia pour la question, mais ne juge pas le projet trop ambitieux. Il s'agit d'indiquer aux États dans quelle mesure ils risquent d'être pris au piège de leur propre volonté, c'est-à-dire de leurs propres engagements. Les États ont besoin de savoir, par exemple, ce qu'ils peuvent dire publiquement sur la scène internationale sans que ce soit considéré comme un acte juridique susceptible de se retourner contre eux.

6. Concernant le rapport, M. Pellet rappelle qu'il est essentiellement fondé sur les travaux du Groupe de travail. La pratique décrite est plus restreinte que dans le rapport précédent[1], mais plus utilisable, même si les actes examinés ne sont peut-être pas complètement représentatifs. Ses conclusions sont certes peu développées mais elles constituent une amorce pour une réflexion plus approfondie. Quelques ambiguïtés (par. 179 et 199) ou flottements (par. 183 et 186) sont à relever, notamment en ce qui concerne la Déclaration Ihlen, dont on ne sait toujours pas s'il s'agit d'une déclaration ou d'un accord (par. 121 à 126); un avis tranché du Rapporteur spécial sur ce point aurait été souhaitable. En tout état de cause, le rapport suffit à étayer une définition de l'acte unilatéral. En 2006, le Rapporteur spécial pourrait proposer un ou plusieurs projets d'articles contenant une définition, pour examen et adoption par le Comité de rédaction. De même, la Commission dispose d'un nombre suffisant d'éléments pour avancer sur les questions de la capacité et de la compétence des auteurs d'actes unilatéraux. En revanche, il semble tout à fait prématuré d'étudier les comportements informels des États qui pourraient constituer des actes unilatéraux, comme ceux de la Thaïlande et du Cambodge dans l'Affaire du *Temple de Préah Vihéar*, mais dont l'interférence avec les actes unilatéraux au sens de la jurisprudence des *Essais nucléaires* obscurcit le problème plutôt qu'elle n'aide à l'éclaircir, d'autant qu'il n'est même pas certain qu'elle constitue un aspect du problème.

7. M. KOSKENNIEMI relève une contradiction entre le point de départ de l'exposé de M. Pellet et ses conclusions. Lui-même estime que les actes unilatéraux des États ne peuvent pas faire l'objet d'une codification et que tous les travaux de la Commission sur la question le confirment. Cependant, si l'on admet, comme l'affirme M. Pellet, qu'une telle codification permettrait d'informer les États des situations dans lesquelles ils risquent d'être piégés par une obligation qu'ils n'avaient pas prévue, deux conclusions s'imposent. Tout d'abord, il s'agit d'une source d'obligations non volontaires. Il peut arriver que les États soient confrontés malgré eux à des obligations liées à ce qu'ils ont pu dire ou faire. Ce n'est pas un problème en soi, mais, sur le plan purement pratique, on peut se demander si les États seront prêts à accepter des normes de droit international qui ne découlent pas de leur propre volonté. Ensuite − et c'est là un point plus important −, s'il est vrai que les États sont parfois liés contre

[1] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/542.

leur gré, la question se pose de savoir d'où naissent ces obligations.

8. M. PELLET propose d'énoncer les conditions dans lesquelles un État serait « piégé » par la déclaration unilatérale de leurs intentions, mais il semble impossible de dresser une liste exhaustive de ces conditions, et ce n'est d'ailleurs pas le rôle de la Commission. Celle-ci peut cependant indiquer aux États qu'ils peuvent se trouver liés par certains comportements, par exemple en raison du principe de bonne foi, et que ceci peut se produire en dehors même de tout accord. Il serait donc approprié que la Commission donne les orientations sur la manière dont il faut comprendre les actes unilatéraux.

9. M. Pellet craint qu'il n'y ait un malentendu entre M. Koskenniemi et lui. Lorsqu'il a dit que les actes unilatéraux étaient un « piège à volonté », il ne voulait pas dire que les États – dans le cadre de ce sujet − pouvaient être engagés malgré leur volonté, mais qu'une fois qu'ils avaient exprimé leur volonté sur la scène internationale unilatéralement (autrement que par un traité), ils étaient « piégés » par l'expression de cette volonté. Les actes unilatéraux relèvent incontestablement du droit volontaire (par opposition à ce que certains, dans la ligne d'Ago, nomment droit « spontané »[2]). Cela étant, il faut se demander *quand* l'État est piégé par sa volonté. Comme l'a fait observer M^me^ Escarameia, il arrive que les chefs d'État tiennent des propos inconséquents et, en pareil cas, ils n'entendent pas être engagés. La CIJ en a elle-même pris acte, par exemple dans son arrêt de 1986 sur l'affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)* lorsqu'elle a dit que le chef d'État malien n'entendait pas être lié par sa déclaration, qui était de nature politique et ne produisait donc pas d'effets juridiques [par. 40 de l'arrêt].

10. La conclusion à laquelle parvient M. Koskenniemi pose également problème: à partir du moment où l'on reconnaît que l'État peut être piégé – selon M. Pellet, avec sa volonté et selon M. Koskenniemi, sans sa volonté – il importe de déterminer exactement quand cela peut se produire. Les États ont donc besoin de projets d'articles aussi précis que possible pour savoir, par exemple, quelles sont les conditions de l'expression de leur volonté, qui peut exprimer cette volonté et surtout, ce qui n'a pas encore été élucidé, s'ils peuvent se dégager d'une volonté unilatéralement exprimée. Le Groupe de travail n'a pas été en mesure de recueillir suffisamment d'éléments de pratique pour éclairer ce dernier point, et cela relèvera probablement du développement progressif du droit international.

11. M. Pellet se déclare une nouvelle fois convaincu de l'utilité du sujet et de la possibilité d'élaborer un projet d'articles qui aidera véritablement les États.

12. M. BROWNLIE pense que les travaux en cours auraient dû prendre d'abord la forme d'un exposé, opinion d'ailleurs partagée par certains gouvernements. Lui-même approuve largement les observations de M. Koskenniemi. Le sujet à l'examen n'existe tout simplement pas, et l'expression « acte unilatéral » ne correspond à aucune réalité: elle est employée dans les manuels uniquement parce qu'elle est commode et que tout le monde comprend de quoi il s'agit. L'élément décisif concernant les actes unilatéraux est qu'ils s'inscrivent dans un contexte donné, et c'est ce contexte qui peut être à l'origine d'éventuels effets juridiques. Il existe un contraste saisissant, du point de vue technique et culturel, entre le droit des traités et les actes unilatéraux. Le premier constitue une matrice de droit bien établie, et lorsqu'un État conclut un traité, il sait généralement ce qu'il est en train de faire, ce qui n'est pas toujours le cas pour un acte unilatéral.

13. M. Brownlie espère vivement que la Commission ne persistera pas dans l'élaboration d'un projet d'articles ou même d'une simple définition des actes unilatéraux. Ce serait sans doute un exercice très long, et comme les membres auraient du mal à s'entendre, la définition serait incomplète et l'on risquerait de créer une énorme confusion. En outre, on dirait que la Commission a voulu amoindrir l'importance de l'estoppel, qui a été laissé de côté. Ce qui importe à présent, c'est de préserver les résultats positifs du travail accompli, en particulier la somme d'éléments de la pratique des États qui ont été rassemblés par le Rapporteur spécial et le Groupe de travail ainsi que la démonstration des risques encourus. Poursuivre les travaux dans le même esprit reviendrait à partir de l'hypothèse que l'on peut procéder de la même manière qu'avec le droit des traités, ce qui est faux.

14. M. PELLET dit qu'il n'a jamais été question de mettre de côté l'estoppel. Simplement, il ne se situe pas sur le même plan puisqu'un acte unilatéral peut *entraîner* un estoppel. Quant au sujet, si on l'aborde à la manière de M. Brownlie, il est effectivement impossible à traiter. Le problème est que le sujet n'est pas le comportement des États sur la scène internationale, mais les actes unilatéraux des États, c'est-à-dire l'expression unilatérale de leur volonté sur le plan international. Or, un acte juridique, cela existe bel et bien et cela a une définition, c'est précisément l'expression d'une volonté. L'expression d'une volonté sur la scène internationale peut être soit unilatérale, c'est le cas qui intéresse ici la Commission, soit bilatérale ou multilatérale et se traduire par un traité. Ce qui est gênant dans la position d'un certain nombre de membres est qu'ils transforment le sujet pour conclure qu'il est impossible à traiter.

15. M. CHEE s'étonne que l'on puisse dire que les actes unilatéraux n'existent pas en tant que tels alors que nombre d'éminents auteurs – dont Oppenheim – les évoquent couramment. Cette notion se retrouve par ailleurs en droit privé, où le « quasi-contrat » s'apparente à un engagement unilatéral de volonté.

16. M. BROWNLIE dit que c'est un peu par provocation qu'il a déclaré que les actes unilatéraux n'existaient pas en tant que tels. Il voulait surtout dire que l'expression « actes unilatéraux » était employée par commodité, parce que l'on voyait immédiatement de quoi il s'agissait − de la même manière que tout le monde est capable de reconnaître une émeute sans en connaître exactement la définition ou les incidences sur le plan juridique − mais que cette expression n'avait pas de fondement analytique car,

[2] « Science juridique et droit international », *Recueil des cours de l'Académie de droit international 1956-II*, vol. 90, Leyde, Martinus Nijhoff, p. 851 à 958. Voir aussi P. Dailler et A. Pellet, op. cit., p. 321.

les actes en question s'inscrivant forcément dans le cadre de relations entre États, ils ne pouvaient être à strictement parler « unilatéraux ». Il souhaitait en outre appeler l'attention sur un problème théorique beaucoup plus sérieux, à savoir le postulat de l'analogie avec le droit des traités − par essence bilatéraux − avec lequel il n'était simplement pas d'accord.

17. M. KOSKENNIEMI dit que l'échange qui vient d'avoir lieu entre M. Pellet et M. Brownlie illustre parfaitement la confusion qui règne à propos du sujet. Lorsque M. Pellet reproche à M. Brownlie de reformuler le sujet pour le centrer sur le comportement des États et, par là, de l'annuler, il se fonde sur certains éléments spécifiques de la doctrine française qui font ressortir la notion d'« acte juridique ». Or, pour qui n'a pas été nourri de cette doctrine, le sujet tend naturellement à s'étendre au comportement des États sur le plan international.

18. M. PELLET fait remarquer que ce n'est pas parce qu'une notion a été développée par la doctrine française qu'il faut la rejeter. Cela étant, ce n'est pas la doctrine française qui est à l'origine du sujet mais la CPJI, par exemple dans l'affaire du *Groenland oriental* et, plus nettement, la CIJ dans celles des *Essais nucléaires*.

19. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en qualité de membre de la Commission, dit que la difficulté provient sans doute du manque de critères précis qui permettraient de déceler la volonté d'un État de s'engager sur le plan international au moyen d'un acte unilatéral.

20. M. KAMTO fait observer que le débat sur l'existence ou la non-existence des actes unilatéraux agite la Commission depuis un certain temps et qu'il faudra bien que celle-ci finisse par se prononcer sans ambiguïté. Il est d'ailleurs inhabituel qu'une notion aussi clairement consacrée par la CIJ soit ainsi remise en cause car, sans être infaillible, la Cour est généralement considérée comme une source fiable. De toute façon, l'acte juridique est une notion valable dans tous les systèmes de droit, sans considération d'ordre idéologique ou culturel.

21. M. Kamto remercie le Rapporteur spécial et le Groupe de travail d'avoir tenté de clarifier les choses en évoquant plusieurs catégories d'actes unilatéraux et apprécie, malgré leur brièveté, les conclusions que le Rapporteur spécial s'est efforcé de dégager à propos de chacune d'elles.

22. Abordant un point de terminologie qui, estime-t-il, a des incidences sur le fond, M. Kamto s'inquiète de ce qu'au paragraphe 157 de son rapport, le Rapporteur spécial parle de déclarations qui « contiennent » des actes unilatéraux. Il s'agit en effet de savoir si les déclarations « contiennent » ou « constituent » des actes unilatéraux. Si la déclaration contient l'acte, il y a tautologie et l'on peut craindre que la forme (*instrumentum*) soit sacrifiée au bénéfice du contenu (*negotium*). Or, la forme est extrêmement importante, puisqu'elle permet de distinguer les actes unilatéraux − énoncés normatifs qui obéissent à des règles de forme − des comportements. Le Rapporteur spécial s'est peut-être laissé aller sur ce terrain puisqu'il écrit, au paragraphe 170, que « la première conclusion à tirer est que la forme n'est pas une considération vraiment décisive quand il s'agit de déterminer si l'on est en présence d'un acte juridique unilatéral au sens où l'entend la Commission, c'est-à-dire un acte qui peut produire des effets juridiques par lui-même sans qu'il ait à être accepté ni que soit nécessaire quelque autre réaction de son destinataire ». Quand bien même il ajoute qu'« il n'empêche que l'on peut considérer que les formes mêmes de l'acte dont il s'agit sont pertinentes pour la détermination de l'intention de l'auteur », le Rapporteur spécial aurait dû en tirer plus nettement les conséquences et dire si la forme orale de l'acte devait être écartée ou retenue. À ce propos, il convient de rappeler que l'opinion dissidente du juge Azilotti dans l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental*, à laquelle il se réfère au paragraphe 126 de son rapport, s'inscrivait dans l'idée très personnelle que la déclaration était un élément d'un accord international et non pas un acte unilatéral.

23. S'agissant des types d'actes unilatéraux, M. Kamto relève qu'au paragraphe 180 de son rapport, le Rapporteur spécial aborde la question de l'identité des personnes compétentes pour formuler des actes unilatéraux, pour suggérer qu'il s'agit des personnes habilitées à représenter l'État telles que définies dans la Convention de Vienne de 1969. Or, d'autres personnes que celles identifiées dans la Convention de Vienne peuvent engager l'État par un acte unilatéral. Le Rapporteur spécial avait d'ailleurs évoqué dans un précédent rapport les lois américaines Helms-Burton[3] et d'Amato-Kennedy[4] relatives au commerce international, les déclarations d'acceptation de la juridiction obligatoire de la CIJ et les législations nationales fixant les limites des espaces maritimes de l'État. M. Kamto se demande si le Rapporteur spécial a toujours l'intention d'étudier ce type d'actes. Il existe, en effet, des actes législatifs des parlements nationaux qui présentent toutes les caractéristiques des actes unilatéraux au sens où l'entend la Commission. L'adoption le 25 octobre 2004 par le Parlement israélien du plan de retrait unilatéral d'Israël de la bande de Gaza, même si elle a confirmé les déclarations antérieures du Premier Ministre israélien, en constitue un bon exemple. Le Rapporteur spécial pourrait étudier cette catégorie d'actes.

24. Une autre catégorie d'actes unilatéraux pourrait être constituée par les actes juridictionnels. Il faut à cet égard distinguer les actes juridictionnels nationaux renvoyant à un instrument juridique international − les décisions de juridictions des États-Unis relatives aux affaires *Breard, LaGrand* et *Avena* − de ceux qui ne renvoient pas à un tel instrument, dont les affaires du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)* et relative à *Certaines procédures pénales engagées en France (République du Congo c. France)* constituent des exemples. Peut-être y a-t-il également là une piste à suivre. En effet, du point de vue des actes unilatéraux, les organes législatifs et juridictionnels de

[3] « Cuban Liberty and Democratic Solidarity (LIBERTAD) Act » (Helms-Burton Act), *ILM 1996*, vol. 35, no 2 (mars 1996), p. 359. Pour la traduction française de la loi pour la liberté et la solidarité démocratique à Cuba (« loi Helms-Burton »), voir *Documents d'actualité internationale*, Paris, Ministère des affaires étrangères, no 16, 15 août 1996, p. 674.

[4] « Iran and Libya Sanction Act of 1996 », *ILM 1996*, vol. 35, no 5 (sept. 1996), p. 1274 et suiv.

l'État sont parfaitement à même d'exprimer la volonté de celui-ci sur le plan international.

25. Également intéressant est l'exemple de la déclaration faite par l'agent du Cameroun devant la CIJ dans l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*, selon laquelle le Cameroun, fidèle à sa politique traditionnellement accueillante et tolérante, assurerait la protection des ressortissants nigérians résidant sur les parties du territoire concernées par le litige. La CIJ s'est saisie de cette déclaration, pour M. Kamto d'une manière contestable, et en a pris note dans le dispositif de son arrêt [par. 317 et 325 al. V C], de telle manière que le Nigéria a pu l'opposer à la partie camerounaise dans le cadre du processus d'exécution de l'arrêt.

26. Enfin, comme l'a dit M^me^ Escarameia, la Commission pourrait également s'intéresser aux déclarations faites par un futur chef d'État ou de gouvernement entre son élection et sa prise de fonctions. Pour M. Kamto, si une telle déclaration n'est pas répudiée après la prise de fonctions de l'intéressé, elle doit être considérée comme un acte unilatéral. Un exemple en est fourni par la déclaration faite avant de devenir chef du Gouvernement par M. Rodríguez Zapatero quant au retrait des troupes espagnoles d'Iraq, déclaration confirmée il est vrai après la prise de fonctions de l'intéressé. On peut se demander si une telle confirmation était nécessaire pour que la déclaration produise les effets d'un acte unilatéral dès lors qu'elle n'avait pas été répudiée après la prise de fonctions. Il y a là à tout le moins une zone grise qui mériterait peut-être aussi de retenir l'attention du Rapporteur spécial.

Coopération avec d'autres organismes (*suite*[*])

[Point 11 de l'ordre du jour]

Visite du Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique

27. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Kamil, Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), et l'invite à s'adresser à la Commission.

28. M. KAMIL (Organisation juridique consultative Afrique-Asie) rappelle que l'Organisation dont il est le Secrétaire général attache une immense importance à ses liens traditionnels avec la CDI. Aux termes de ses statuts, l'une de ses fonctions principales est d'examiner les sujets dont est saisie la Commission et de faire connaître les vues de ses États membres à cette dernière. L'AALCO a tenu sa quarante-quatrième session à Nairobi du 27 juin au 1^er^ juillet 2005 et a examiné à cette occasion, comme lors de ses sessions précédentes, un point de l'ordre du jour relatif aux travaux de la CDI, puis donné mandat à son secrétaire général de porter à l'attention de la CDI les vues exprimées sur ses travaux par les membres de l'AALCO.

29. S'agissant de la protection diplomatique, les États membres de l'AALCO se sont félicités des progrès accomplis sur le sujet et ont relevé que les 19 projets d'articles adoptés par la Commission en première lecture représentaient un grand pas dans le développement du droit international[5], car ils portaient sur l'ensemble du sujet de la protection diplomatique, une institution qui avait beaucoup évolué au fil des années.

30. Un représentant a fait observer que les 19 projets d'articles en question reflétaient pour l'essentiel les règles du droit international coutumier en la matière. S'il était satisfait des progrès accomplis, il a exprimé l'espoir que la Commission poursuivrait ses efforts pour améliorer les projets d'articles en tenant compte des observations des États afin que l'étude du sujet puisse être achevée comme prévu en 2006.

31. Des observations ont aussi été faites sur des questions particulières. Un représentant a exprimé des réserves devant l'extension de la protection diplomatique aux apatrides et aux réfugiés, considérant qu'une telle démarche s'écartait de la règle traditionnelle selon laquelle seuls les nationaux peuvent bénéficier de la protection diplomatique. Il a en outre fait observer que cette réserve tenait au fait que sa délégation pourrait difficilement accepter un élargissement de la définition universellement acceptée du terme « réfugié » figurant dans la Convention de 1951 relative au statut des réfugiés, quel que soit le but recherché par l'introduction d'une nouvelle définition.

32. Un autre représentant, bien qu'approuvant l'orientation générale des projets d'articles, a souligné que l'application du principe de nationalité créait un certain nombre de difficultés en raison des problèmes découlant de la double nationalité ou de la pluralité de nationalités. Il était ainsi favorable à ce que l'on conserve la règle traditionnelle de la continuité de la nationalité. Un représentant estimait que comme l'État était responsable du préjudice causé à un étranger par son fait ou son omission illicite, la protection diplomatique permettait à l'État de nationalité des personnes lésées d'assurer leur protection et d'obtenir réparation du préjudice causé. Il a relevé que les 19 projets d'articles énonçaient plusieurs principes juridiques en la matière. Il estimait de plus que l'exercice de la protection diplomatique au bénéfice de personnes morales, tel que décrit aux articles 9 à 13 du projet d'articles, énonçait un principe normatif, à savoir qu'une société est protégée par l'État de sa nationalité et non par l'État de nationalité de ses actionnaires. L'État de nationalité des actionnaires avait néanmoins le droit d'exercer sa protection diplomatique mais dans certaines conditions uniquement, comme l'indiquait l'article 11. Pour le représentant en question, ce projet d'articles réalisait un équilibre adéquat entre les intérêts des États et ceux des investisseurs. S'agissant par ailleurs de la protection diplomatique en faveur des équipages de navires, envisagée à l'article 19, le représentant en question a souscrit à l'opinion de la Commission selon laquelle aussi bien le droit de l'État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique que le droit de l'État du pavillon de demander réparation au nom de l'équipage devaient être reconnus, sans fixer de priorité entre les deux. Pour la délégation concernée, les équipages de navires devaient jouir de la protection maximale qu'offrait le droit international, étant donné en particulier que

[*] Reprise des débats de la 2851^e^ séance.

[5] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2^e^ partie), chap. IV, sect. C.

la menace d'actes unilatéraux coercitifs en mer dans le cadre de l'Initiative de sécurité contre la prolifération et des initiatives régionales de sécurité maritime risquait de mettre en péril la stabilité mondiale.

33. Pour un autre représentant, le droit d'exercer la protection diplomatique était un droit de l'État en sa qualité de sujet de droit international et non un droit des individus ou des sociétés. Le représentant en question a approuvé le libellé de l'article 10, aux termes duquel l'État est habilité à exercer sa protection diplomatique pour le compte de ses nationaux. Il s'agit d'une faculté pour l'État, et cette disposition ne lui impose donc aucune obligation. C'est en outre à l'État qu'il appartient, dans l'exercice de son pouvoir discrétionnaire, de décider comment et quand exercer son droit au bénéfice de ses nationaux.

34. En ce qui concerne le sujet « Les réserves aux traités », des observations ont été faites sur certaines questions spécifiques. Un représentant a déclaré que l'intention des deux parties devait être prise en considération pour déterminer le type de relations conventionnelles existant entre l'État réservataire et l'État formulant l'objection. Un autre représentant a relevé que le neuvième rapport du Rapporteur spécial sur l'objet et la définition des objections[6] venait compléter le huitième rapport sur la formulation des objections et des déclarations interprétatives[7]. Il s'est félicité de l'adoption de cinq projets de directives et des commentaires y relatifs, à savoir les directives 2.3.5, 2.4.9, 2.4.10, 2.5.12 et 2.5.13[8]. En ce qui concerne le projet de directive 2.6.1, il a approuvé le texte établi par la Commission, moyennant la suppression des mots placés entre crochets.

35. Un autre représentant a fait des observations sur deux points, la définition des objections et la question de savoir quels États ou organisations internationales étaient habilités à formuler des objections à une réserve. Sur le premier point, il a fait observer que sa délégation pensait avec le Rapporteur spécial qu'il fallait définir les objections avant d'en examiner les effets juridiques. Néanmoins, comme on l'avait déjà dit à la Commission, la définition pourrait le cas échéant être révisée lorsque l'on aurait déterminé les effets des objections de manière appropriée. Pour le représentant en question, le mot « objection » devait être défini compte tenu des principes établis du droit international, notamment le principe de la souveraineté des États. Ce principe, qui était en fait le fondement du cadre consensuel défini par les Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986, garantissait que les États n'étaient liés par une obligation conventionnelle qu'une fois qu'ils y avaient consenti et qu'aucun État ne pouvait être lié contre sa volonté. Pour la délégation en question, les objections à effet « super maximum » n'avaient pas leur place en droit international. Un tel effet, qui créerait une relation obligatoire entre l'auteur de la réserve et l'État formulant l'objection en ce qui concerne l'intégralité du traité, y compris les dispositions faisant l'objet de la réserve, revenait à imposer des obligations conventionnelles à un État sans son consentement. Il y avait là une modification du régime de Vienne sur les réserves aux traités qui ne correspondait pas à la pratique générale des États. Comme l'indiquait la Commission dans son rapport, les directives visaient à aider les États dans leur pratique et elles ne devaient en aucune manière altérer les dispositions applicables des Conventions de Vienne[9].

36. Sur la question de savoir quels États ou organisations internationales étaient habilités à formuler des objections, le représentant en question a estimé qu'une réserve et les objections y relatives créaient des relations juridiques bilatérales entre l'État réservataire et l'État formulant les objections et qu'en conséquence seules les parties aux traités étaient habilitées à formuler des objections aux réserves faites à ce traité. Cet argument reposait aussi sur le principe selon lequel il devait y avoir un équilibre entre les droits et les obligations des parties à un traité. Les États signataires n'avaient pas le droit de formuler des objections parce qu'ils n'assumaient pas toutes les obligations découlant du traité. De plus, les réserves et les objections aux réserves pouvaient être d'une grande diversité, et porter sur des questions de fond comme sur des aspects purement procéduraux du traité. C'est pourquoi, selon le représentant en question, il ne semblait pas juridiquement opportun de donner à un signataire le droit de formuler une objection aux réserves alors que sa seule obligation envers les parties au traité était de s'abstenir de tout acte allant à l'encontre de l'objet et du but de ce dernier. À la rigueur, l'État signataire pouvait peut-être être habilité à formuler des objections aux réserves qu'il jugeait contraires à l'objet ou au but du traité.

37. En ce qui concerne les actes unilatéraux des États, un représentant, évoquant la demande par laquelle la Commission a sollicité des États des observations sur leur pratique en la matière[10], a demandé que la Commission donne davantage de détails et d'indications sur les renseignements qu'elle souhaitait recueillir, car le sujet est très vaste. Pour un autre représentant, il était exact que la notion d'acte unilatéral n'avait pas été analysée assez rigoureusement et qu'il fallait donc en premier lieu examiner de manière approfondie certains aspects du sujet afin de se faire une idée de la pratique des États et du droit applicable. L'expression « actes unilatéraux » renvoyait en effet à une très large gamme de normes et de procédures juridiques utilisées par les États dans la conduite de leurs relations internationales. En outre, en l'absence de critères objectifs, il fallait distinguer les actes politiques des actes juridiques. Le représentant en question a proposé que le Groupe de travail effectue une étude approfondie de la définition et de la classification des actes unilatéraux des États.

38. S'agissant de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, un représentant a noté que le rapport présenté par le Rapporteur spécial contenait une analyse approfondie de la nécessité de protéger les intérêts des victimes innocentes de dommages transfrontières causés par des activités dangereuses[11]. La portée du sujet et le mécanisme déclencheur devaient être les mêmes qu'en ce qui concerne la

[6] *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/544.

[7] *Annuaire…2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/535.

[8] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. IX, sect. C., par. 295.

[9] Ibid., chap. IX, par. 251.

[10] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 29, p. 19 et par. 254, p. 221.

[11] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/540.

prévention des dommages transfrontières. Dans le cadre d'un régime de responsabilité ou d'un régime de répartition des pertes, la responsabilité principale devait être celle de l'exploitant, car c'est lui qui contrôlait l'activité et avait donc l'obligation de réparer le préjudice causé. Pour le même représentant, le projet présenté par le Rapporteur spécial était non seulement novateur mais souple et il proposait un régime sans préjudice des réclamations pouvant être formulées et du droit et des procédures applicables. Cette souplesse était encore renforcée du fait que le Rapporteur spécial avait formulé des « principes » et non des « règles ». Il fallait s'en féliciter, car certains des projets de principe n'étaient acceptés que dans certains domaines et que la majeure partie d'entre eux relevaient du développement progressif du droit international[12]. En outre, la proposition en faveur de l'indemnisation des dommages transfrontières causés à l'environnement lui-même n'était pas étayée par une pratique des États assez abondante pour qu'on puisse en dégager des principes généraux, outre qu'il était difficile de quantifier de tels dommages en termes monétaires, ou d'établir le *locus standi*, par exemple.

39. Pour le même représentant, la nécessité de transférer des technologies et de renforcer les capacités des pays en développement était reconnue dans divers instruments internationaux, de même que plusieurs instruments juridiques multilatéraux reconnaissaient qu'en matière de protection environnementale des normes différentes devaient être appliquées aux pays en développement. Le même représentant a souligné que ce facteur d'équilibre faisait du consensus environnemental un élément essentiel du droit des États de répondre à leurs besoins de développement. Le rapport du Rapporteur spécial insistait sur ce point et reconnaissait que les choix et démarches adoptés en ce qui concerne les projets de principe et leur mise en œuvre pourraient aussi être influencés par le stade de développement économique des pays concernés.

40. Un représentant appuyait l'idée d'une indemnisation prompte et adéquate consacrée dans le principe 4. Ce principe exposait correctement les quatre conditions devant garantir une telle indemnisation: premièrement, un régime de responsabilité devait être adopté, deuxièmement, la responsabilité ne devait pas dépendre de la preuve d'une faute, troisièmement, les conditions, restrictions ou exceptions à la responsabilité ne devaient pas porter atteinte au principe de l'indemnisation prompte et adéquate et, quatrièmement, l'exploitant ou autre personne ou entité devait souscrire une assurance ou se couvrir par des cautionnements ou d'autres garanties financières pour faire face aux demandes d'indemnisation.

41. En ce qui concerne le principe 6, le même représentant a estimé que les principes 4 et 6 étaient étroitement liés: si le principe 4 énonçait l'obligation de l'État de procéder à une indemnisation prompte et adéquate, le principe 6 indiquait les mesures à prendre pour rendre le principe 4 opérationnel et en réaliser l'objectif. L'accès aux procédures internes devant être ouvertes en cas de dommages transfrontières devait être similaire à celui dont disposaient les nationaux.

42. Soulignant la complexité du sujet de la responsabilité des organisations internationales, un représentant a fait observer que, contrairement aux États, qui avaient certains points communs, les organisations internationales étaient très diverses de par leur structure, leurs fonctions et leur compétence. Il était donc difficile d'élaborer et d'appliquer un ensemble de normes communes qui régiraient toutes les entités connues sous le nom d'« organisation internationale ». S'agissant du projet d'article 5, le représentant a relevé dans le commentaire que le critère du « contrôle effectif » était censé reposer essentiellement sur la pratique relative aux forces de maintien de la paix[13]. À son sens, il n'était pas sûr que ce critère puisse s'appliquer à toutes les situations visées par l'article 5.

43. Au sujet des trois questions posées par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/553), un représentant a indiqué que l'étude du sujet devrait reposer dans toute la mesure possible sur une étude approfondie des pratiques suivies par diverses organisations internationales, qui se limiterait toutefois aux organisations intergouvernementales. De plus, la Commission devrait s'attacher davantage à la codification qu'au développement progressif du droit international. Le critère du contrôle effectif est une règle évolutive qui devrait être davantage étayée par la pratique. Enfin, la nécessité ne devrait pas être invoquée par une organisation internationale comme circonstance excluant l'illicéité.

44. Un représentant a fait observer que certaines expressions utilisées dans tout le projet d'articles telles que « autres faits » et « autres entités » devraient être clarifiées.

45. S'agissant du sujet de la fragmentation du droit international, un représentant a exprimé l'espoir que les travaux du Groupe d'étude auraient un effet positif sur l'application du droit international et permettraient d'éclaircir le rapport entre les règles relevant de différents domaines du droit international sans pour autant en affaiblir les principes fondamentaux[14].

46. Quant au sujet des ressources naturelles partagées, un représentant a souligné qu'il fallait en apprendre davantage sur les aquifères transfrontières en général, ainsi que sur les conditions propres à certains d'entre eux et sur la pratique des États en la matière. De l'avis de sa délégation, les accords et arrangements spécifiques étaient la meilleure manière de résoudre les questions relatives aux aquifères et systèmes aquifères transfrontières. S'agissant de la forme finale que prendrait le projet, il partageait l'opinion des représentants qui se sont exprimés en faveur d'une forme aussi souple que possible permettant la conclusion d'arrangements adaptés aux circonstances de chaque espèce. Rappelant que la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau à des fins autres que la navigation n'avait pas rallié un soutien suffisant pour entrer en vigueur, il a préconisé l'adoption de principes directeurs, que les États pourraient utiliser dans la négociation d'accords bilatéraux ou régionaux.

[12] Pour le projet de principes et les commentaires y relatifs adoptés par la Commission en première lecture, ibid., vol. II (2e partie), par. 175 et 176.

[13] Pour les projets d'articles 4 à 7 et les commentaires y relatifs, adoptés à titre provisoire par la Commission, ibid., par. 71 et 72.

[14] Pour l'examen du rapport présenté par le Groupe d'étude à la cinquante-sixième session de la Commission, ibid., par. 300 à 358.

47. Une autre délégation a formulé les observations suivantes: il ne fallait pas perdre de vue le principe de la souveraineté des États sur leurs ressources naturelles. Comme elle élabore actuellement un projet de principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses et qu'elle a déjà adopté le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour acte internationalement illicite[15], il ne paraît pas nécessaire que la Commission s'intéresse à la question de la responsabilité et de l'indemnisation dans le cadre du sujet à l'étude. Enfin, la Commission devrait se prononcer sur la forme finale que prendra le sujet une fois que les travaux sur les questions de fond auront davantage progressé.

48. Une autre délégation a fait valoir qu'il était nécessaire d'élaborer un instrument juridique international pour orienter l'utilisation, l'attribution, la préservation et la gestion des aquifères, en gardant à l'esprit le caractère non renouvelable de cette ressource. Il serait utile d'examiner si les principes de la Convention de 1997 pourraient s'appliquer à des ressources en eau souterraines et non renouvelables et si les aquifères transfrontières devraient être régis par un régime analogue à celui d'autres ressources naturelles telles que le pétrole et le gaz naturel. Étant donné le caractère sensible du sujet, il serait utile d'entreprendre une étude complète de la pratique des États. Enfin, le représentant a indiqué que les travaux de la Commission sur le sujet devraient prendre la forme d'un document-cadre ou de principes directeurs qui permettraient aux États de conclure des arrangements nationaux ou régionaux adéquats.

49. S'agissant des travaux futurs de la Commission, une délégation a appuyé les deux nouveaux sujets retenus, à savoir les effets des conflits armés sur les traités et l'expulsion des étrangers.

50. Outre les travaux de la CDI, l'AALCO a examiné, à sa quarante-quatrième session, les sujets suivants: *a*) expulsion de Palestiniens et autres pratiques israéliennes; *b*) immunité juridictionnelle des États et de leurs biens; *c*) terrorisme international; *d*) coopération dans la lutte contre la traite de femmes et d'enfants; *e*) Cour pénale internationale: évolution récente; *f*) instrument juridique international efficace contre la corruption; *g*) l'OMC en tant qu'accord-cadre et code de conduite pour le commerce international; *h*) expression du folklore et protection internationale; *i*) droits de l'homme et islam. Une réunion spéciale a en outre été consacrée au droit de l'environnement et au développement durable.

51. M. Kamil annonce qu'en 2006, l'AALCO fêtera son cinquantième anniversaire. Cette célébration coïncidera avec l'inauguration du siège permanent de l'AALCO à New Delhi. À cette occasion, tous les membres de la CDI sont invités à participer à la quarante-cinquième session de l'AALCO. Par ailleurs, M. Kamil espère qu'une réunion entre des membres de la CDI et de l'AALCO pourra être organisée, comme de coutume, à l'issue de la réunion des conseillers juridiques de l'AALCO et que ce sera là l'occasion d'intensifier la collaboration entre les deux organisations.

[15] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 à 153.

52. Le PRÉSIDENT remercie M. Kamil de son exposé, et de son invitation, au nom de la Commission.

53. M. Sreenivasa RAO remercie M. Kamil de son excellent rapport, dans lequel il a exposé de manière très détaillée les vues des membres de l'AALCO sur différents aspects des travaux de la Commission. Il s'agit là d'une contribution très appréciée de la région Afrique-Asie au développement du droit international. À ce propos, M. Sreenivasa Rao salue les efforts déployés par le Secrétaire général de l'AALCO pour attirer des pays francophones dans son organisation.

54. En ce qui concerne l'avenir, il faut espérer que l'AALCO parviendra à mobiliser les ressources nécessaires pour créer des groupes de travail qui seraient chargés d'examiner certains sujets de droit international.

55. M. GALICKI remercie M. Kamil de son exposé et se dit impressionné par l'attitude très constructive des membres de l'AALCO. Leurs observations, qu'elles portent sur la forme ou sur le fond des questions abordées, sont des plus utiles pour les travaux de la Commission. Relevant la diversité des sujets examinés par l'AALCO, M. Galicki dit espérer que l'organisation saura trouver les ressources nécessaires pour créer des groupes de travail qui examineront des sujets d'intérêt pour les deux régions. Par ailleurs, il voudrait savoir si l'AALCO envisage des activités visant à promouvoir la ratification de conventions et traités régionaux.

56. Mme XUE dit qu'elle a trouvé le rapport de M. Kamil des plus intéressants et que les observations formulées par les membres de l'AALCO sur les travaux de la CDI sont particulièrement utiles et opportunes, au moment où la Commission entame la dernière année du quinquennat en cours.

57. Par ailleurs, elle tient à signaler la parution, sur CD-ROM, des annuaires de la CDI. Sachant à quel point il peut être difficile pour les instituts de droit et des universités d'obtenir ce type d'informations, elle encourage M. Kamil à se procurer les CD-ROM en question, pour autant que cela ne soulève pas de problèmes de droits d'auteur.

58. M. KAMIL, répondant à M. Sreenivasa Rao, dit que ses efforts pour attirer des pays francophones n'ont pas encore été couronnés de succès, mais qu'il ne doute pas qu'ils finiront par porter leurs fruits.

59. S'agissant des groupes de travail, il est heureux de pouvoir annoncer que, parmi les mesures proposées lors de la dernière session, il y a la création de six groupes de travail, qui ne pourront que contribuer à la qualité des travaux de l'AALCO.

60. Enfin, répondant à la question de M. Galicki, M. Kamil indique que l'AALCO travaille actuellement sur deux conventions, l'une concernant la traite des femmes et des enfants et l'autre sur les droits respectifs des pays d'origine et des pays d'accueil des travailleurs migrants.

61. Enfin, M. Kamil remercie les membres de la Commission de leur accueil et de l'intérêt qu'ils portent aux travaux de l'AALCO.

62. M. MIKULKA (Secrétaire de la CDI) dit que, pour l'instant, la diffusion des annuaires de la CDI sur CD-ROM pose encore des problèmes de droits d'auteur, mais que l'objectif est de rendre, dans un futur proche, toute cette documentation accessible sur l'Internet.

La séance est levée à 13 h 10.

2854e SÉANCE

Mercredi 20 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États (*suite*) [A/CN.4/549, sect. C et A/CN.4/557]

[Point 5 de l'ordre du jour]

HUITIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. M. FOMBA remercie le Rapporteur spécial de son huitième rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/557), qui devrait constituer une base utile pour la poursuite des travaux de la Commission. Avant de commenter ce rapport en détail, il souhaite fournir des informations sur la déclaration faite par le Chef d'État de la République du Mali relativement au différend territorial qui a opposé le Mali au Burkina Faso, dont a connu la CIJ dans l'affaire du *Différend territorial (Burkina Faso/République du Mali)* et qui a donné lieu à un arrêt du 22 décembre 1986. M. Fomba regrette de n'avoir pu faire le travail qui lui était demandé par le Groupe de travail, ayant eu des difficultés à obtenir les documents nécessaires de sa capitale.

2. À la suite d'un conflit armé entre les deux pays, qui avait éclaté le 14 décembre 1974, des appels à la conciliation ont été lancés, notamment par le Président de l'Organisation de l'unité africaine (OUA). En janvier 1975, la Commission de médiation de l'Organisation a constitué une Sous-Commission juridique chargée d'élaborer un avant-projet de proposition à soumettre à la Commission et comprenant l'esquisse d'une solution. Le 11 avril 1975, le Chef de l'État malien a fait à l'Agence France-Presse la déclaration suivante:

> Le Mali s'étend sur 1 240 000 kilomètres carrés, nous ne pouvons nous battre de manière injustifiée pour un bout de territoire d'une longueur de 150 kilomètres. Même si la Commission de l'Organisation de l'unité africaine décide objectivement que la ligne frontière passe par Bamako, le gouvernement que je préside s'inclinera devant la décision. [par. 36 de l'arrêt]

3. Le 14 juin 1975, la Sous-Commission juridique a présenté son rapport à la Commission de médiation et elle y proposait que les parties acceptent la mise en œuvre du principe de l'intangibilité des frontières coloniales et l'utilisation à cette fin des textes et cartes y relatifs; elle faisait des propositions spécifiques sur le tracé de la frontière. Les 17 et 18 juin 1975, la Commission de médiation s'est réunie avec les deux chefs d'État et a adopté un communiqué final aux termes duquel les deux États s'engageaient à mettre un terme à leur différend sur la base des recommandations de la Commission de médiation et acceptaient la constitution d'un comité technique neutre ayant pour mission de déterminer la position de certains villages, de reconnaître la frontière et de faire des propositions à la Commission de médiation en vue de sa matérialisation. Le 10 juillet 1975, les deux chefs d'État se sont de nouveau réunis et ont fait une déclaration commune dans laquelle ils saluaient les efforts déployés et les résultats obtenus par la Commission de médiation et affirmaient leur volonté commune de tout mettre en œuvre pour dépasser lesdits résultats, notamment en facilitant la délimitation de la frontière séparant les deux États afin de sceller définitivement leur réconciliation. Le comité technique n'a pas été en mesure de s'acquitter de sa mission et, en dépit d'autres contacts entre les parties, la situation n'a pas évolué jusqu'à la conclusion du compromis par lequel la CIJ a été saisie de l'affaire.

4. S'agissant de la position juridique des deux parties, elles sont convenues de certains points d'accord: la Commission de médiation n'était pas un organe juridictionnel et ne disposait pas du pouvoir de prendre des décisions juridiquement obligatoires et, en second lieu, elle n'avait jamais réellement terminé ses travaux, n'ayant pas pris juridiquement acte du rapport de sa sous-commission et n'ayant elle-même soumis, dans le cadre de sa fonction de médiation, aucune solution définitive et globale à l'appréciation des parties.

5. Quant aux points de désaccord, le Burkina Faso a fait valoir que le Mali avait acquiescé aux solutions esquissées dans ce contexte et ce pour trois motifs. Premièrement, le communiqué final du 27 décembre 1974 créant la Commission de médiation devait être considéré comme un véritable accord international liant les parties. Deuxièmement, tout en reconnaissant que la Commission de médiation n'était pas habilitée à prendre des décisions obligatoires, le Burkina Faso a allégué que le rapport de la Sous-Commission juridique, entériné par le Sommet des chefs d'État en juin 1975, était devenu obligatoire pour le Mali parce que celui-ci s'était proclamé par avance lié par le rapport qu'aurait pu rédiger la Commission de médiation, en vertu de la déclaration faite par le Président du Mali, le 11 avril 1975. Troisièmement, le Burkina Faso a également soutenu que le communiqué final, daté du 18 juin 1975, qui émanait de la Commission de médiation élargie, constituait lui aussi un accord international que les parties étaient tenues de respecter et était venu renforcer les obligations du Mali à cet égard.

6. Le Mali a contesté cette interprétation de la déclaration de son Président en invoquant deux arguments. Premièrement, la Commission de médiation aurait dû avoir un pouvoir de décision, ce qui n'était juridiquement pas le cas. Deuxièmement, les observations du Président malien n'étaient qu'une boutade du type de celles que l'on lance dans une conférence de presse, et n'exprimaient rien de plus que le souci du Mali d'envisager les recommandations de la Commission avec bonne volonté et de bonne foi. Le Mali a également contesté l'interprétation du communiqué final du 18 juin 1975 avancée par le Burkina Faso, au moyen de trois arguments. Premièrement, la Commission de médiation n'avait fait, à proprement parler, aucune recommandation. Deuxièmement, les chefs d'État n'avaient pas accepté de ligne prédéterminée; au contraire, en chargeant un comité technique neutre de déterminer la position de certains villages, de reconnaître la frontière et de faire des propositions de matérialisation à la Commission, ils avaient enjoint à ce comité de faire de nouvelles propositions, ce qui indiquait pour le Mali que les propositions de la Sous-Commission n'étaient pas définitives.

7. La Cour a considéré que la déclaration du 11 avril 1975 n'avait pas été faite dans le cadre de négociations ou de pourparlers entre les parties. Elle revêtait tout au plus la forme d'un acte unilatéral émanant du Mali. De telles déclarations concernant des situations de droit ou de fait peuvent avoir pour effet de créer des obligations juridiques à la charge de l'État au nom duquel elles sont faites, mais tout dépend de l'intention de l'État en cause. Rien ne s'opposait à ce que les parties manifestent leur intention de reconnaître le caractère obligatoire des conclusions de la Commission de médiation de l'OUA par la voie normale, celle d'un accord formel fondé sur la réciprocité. Comme aucun accord de ce genre n'a été conclu entre les parties, la Chambre de la Cour a jugé qu'il n'y avait pas lieu d'interpréter la déclaration faite par le Chef de l'État malien comme un acte unilatéral ayant des effets juridiques [par. 40 de l'arrêt].

8. En conclusion, M. Fomba note, premièrement, que même si on la considère comme une simple boutade, la déclaration malienne n'en soulève pas moins un problème de fond, celui de la bonne volonté et de la bonne foi. Deuxièmement, il faut se souvenir qu'il existe au Mali une tradition culturelle séculaire qui est le respect de la parole donnée, la parole étant considérée comme sacrée. Troisièmement, la déclaration en cause est une parfaite illustration du risque, évoqué par M. Pellet à la séance précédente, pour l'État de se laisser piéger par ses propres paroles. Enfin, il aurait été intéressant d'analyser la déclaration en question à la lumière des critères identifiés par la Commission de médiation.

9. En ce qui concerne le rapport à l'examen, M. Fomba dit que les exemples tirés de la pratique des États analysés dans ce rapport sont suffisamment représentatifs pour que les enseignements qu'en tire le Rapporteur spécial permettent de dégager des principes fondamentaux. En ce qui concerne la forme des exemples analysés, le Rapporteur spécial tire deux conclusions fondamentales: premièrement, les actes unilatéraux prennent des formes très diverses et, deuxièmement, la forme n'est pas vraiment un facteur décisif pour la qualification de l'acte juridique unilatéral au sens où l'entend la Commission, c'est-à-dire un acte qui produit par lui-même des effets juridiques. Il semble toutefois y avoir une contradiction entre la déclaration figurant au paragraphe 170 du rapport selon laquelle la forme de l'acte est pertinente pour la détermination de l'intention de l'auteur, et celle, qui figure au même paragraphe, selon laquelle la forme peut avoir une incidence dans la mesure où la déclaration peut être considérée comme produisant des effets juridiques. Le principal enseignement que l'on peut tirer est que la diversité des formes établit un principe fondé sur le respect de la souveraineté, de la volonté et de la liberté d'expression des États.

10. En ce qui concerne l'auteur, le Rapporteur spécial note que les auteurs des actes sont exclusivement des États; il semble donc souhaitable d'énoncer le principe du droit exclusif des États de formuler des actes unilatéraux, en attendant d'avoir pu examiner le cas des organisations internationales.

11. Les destinataires de ces actes sont aussi divers, avec plusieurs combinaisons possibles, des problèmes spécifiques pouvant se poser pour telle ou telle catégorie de destinataires. La conséquence instrumentale à en tirer serait de consacrer le principe de la diversité des destinataires dans le cadre du régime juridique qui pourra être élaboré. M. Fomba approuve l'analogie que fait le Rapporteur spécial au paragraphe 172 de son rapport en ce qui concerne la possibilité de reprendre, dans le cadre du régime juridique des actes unilatéraux, la disposition figurant à l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969 concernant le pouvoir de l'État de conclure des traités.

12. Comme indiqué au paragraphe 175 du rapport, tous les actes unilatéraux n'ont pas la même origine; certains sont composites, ce qui est important lorsqu'il s'agit d'interpréter leur contenu ou les éléments subjectifs liés à la volonté de s'engager de l'État qui en est l'auteur. La conséquence instrumentale à en tirer serait de consacrer cette diversité, comme en droit des traités, tout en insistant sur le principe de la souveraineté de l'État et de l'unité de la représentation et de l'expression de la volonté de l'État.

13. S'agissant de savoir qui est compétent pour représenter et engager l'État en formulant des actes unilatéraux, le Rapporteur spécial renvoie au paragraphe 180 de son rapport au régime de Vienne en matière de traités et réaffirme à juste titre la capacité du chef de l'État ou de gouvernement et du ministre des affaires étrangères en la matière. Quant à la question soulevée au paragraphe 181, M. Fomba pense que la Convention de Vienne de 1969 doit s'appliquer, *mutatis mutandis*, en tenant compte des spécificités des actes unilatéraux et de la possibilité d'autoriser d'autres personnes à les formuler.

14. En ce qui concerne le critère du contexte, le Rapporteur spécial relève au paragraphe 182 que presque tous les actes en question s'inscrivent d'une certaine façon dans des négociations sur un sujet précis. Ceci met en lumière l'importance de tels actes, à côté ou en rapport avec les conventions, dans le processus de règlement pacifique des différends entre États.

15. Du point de vue de la qualification des actes, certains sont à l'évidence unilatéraux, alors que d'autres peuvent être qualifiés différemment, comme l'illustrent les paragraphes 183 à 188 du rapport. La question se pose de savoir dans quelle mesure les enseignements susceptibles d'être tirés de ce constat pourraient aider à identifier systématiquement la nature de tels actes ou comportements.

16. Au paragraphe 189, le Rapporteur spécial appelle l'attention sur certains des aspects les plus complexes du sujet: la validité de l'acte, la possibilité de l'annuler et la capacité et la compétence de l'auteur. Une analyse comparée des articles 6, 7, 26, 27 et 46 de la Convention de Vienne de 1969 serait utile pour examiner la question de la hiérarchie et de la répartition des compétences entre le droit international et le droit interne en matière de formulation et de mise en œuvre des engagements de l'État sur le plan international.

17. Une autre question importante est celle de savoir comment déterminer le moment où un acte produit des effets juridiques. D'après le paragraphe 194 du rapport, dans les cas examinés il semble facile de déterminer ce moment, bien que la situation ne soit pas toujours très claire comme l'attestent les décisions relatives aux *Essais nucléaires*.

18. S'agissant de la modification ou de la révocation des actes, le Rapporteur spécial note au paragraphe 198 que, dans l'ensemble, le contenu des actes examinés a été maintenu; ce constat ne doit toutefois pas être interprété comme préjugeant la question du droit de modifier ou de révoquer éventuellement de tels actes.

19. En ce qui concerne le comportement de l'État qui ne constitue pas un acte unilatéral *stricto sensu,* le Rapporteur spécial fait observer au paragraphe 203, prenant appui sur la position adoptée par la CIJ dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, qu'un tel comportement peut tout de même produire des effets juridiques. Il s'agit néanmoins là d'une question distincte qui doit être traitée comme telle.

20. À propos de l'estoppel, du silence et de l'acquiescement, le Rapporteur spécial rappelle, aux paragraphes 204 et 205, la relation très étroite qui existe entre les divers comportements d'un État et il décrit fort bien le mécanisme de la portée juridique du silence.

21. Enfin, M. Fomba fait siennes les conclusions figurant aux paragraphes 207 et 208 du rapport.

22. M. CANDIOTI remercie le Rapporteur spécial de son huitième rapport et le Groupe de travail de la contribution précieuse qu'il a apportée à l'étude du sujet. Il se félicite que le rapport à l'examen réunisse des exemples de la pratique des États, d'autant plus que jusqu'alors les États n'ont guère répondu aux demandes d'information que leur a adressées la Commission. Le rapport offre une nouvelle occasion d'établir quelles formes de comportement étatique produisent des effets juridiques en vue notamment de mettre les États en garde contre les risques que comportent certains actes unilatéraux ou types de comportement au niveau international.

23. Aux paragraphes 168 et suivants du rapport, le Rapporteur spécial souligne qu'il importe de déterminer si les exemples d'actes unilatéraux produisent des effets juridiques par eux-mêmes au niveau international et, dans l'affirmative, quels sont exactement ces effets. Il estime que les conclusions pourraient servir de base à un document qu'élaborerait le Groupe de travail et qui serait présenté à l'Assemblée générale des Nations Unies à sa soixante et unième session, en 2006, et qui refléterait le consensus auquel la Commission est parvenue sur un sujet qu'elle étudie depuis 1996. Un tel document pourrait être semblable aux conclusions préliminaires sur les réserves aux traités que la Commission a adoptées à sa quarante-neuvième session et présentées à l'Assemblée générale en 1997[1].

24. Pour M. Candioti, il y a suffisamment de raisons objectives de consensus au sein de la Commission pour pouvoir rédiger de telles conclusions préliminaires. L'affirmation répétée de certains membres selon laquelle les actes unilatéraux n'existent pas doit être rejetée. Depuis des siècles, le droit maritime international reconnaît que les États ont le droit de déterminer unilatéralement l'étendue de leur mer territoriale, un comportement qui doit être qualifié d'acte unilatéral qui produit des effets juridiques. De plus, au fil des ans, la Commission a étudié avec succès dans le contexte du droit des traités certains actes juridiques comme les réserves, les objections et la dénonciation, qui peuvent aussi être considérés comme des actes unilatéraux produisant des effets juridiques et qui sont régis et reconnus par le droit international. De nombreux membres de la Commission et d'autres juristes éminents sont amenés à exercer devant la CIJ, souvent sur la base d'un acte unilatéral, à savoir l'acceptation de la clause facultative reconnaissant la juridiction obligatoire de la Cour en vertu de l'Article 36 du Statut de celle-ci. Aucun État n'est obligé d'accepter cette clause; son acceptation est donc un acte unilatéral dans sa forme, son contenu et sa nature, qui a des conséquences juridiques substantielles. Les faits ne permettent donc pas de nier l'existence des actes unilatéraux.

25. Il est possible que le débat permette de dégager la base d'un consensus objectif sur certaines conclusions générales qu'il pourrait être judicieux d'énoncer à ce stade afin de structurer les travaux de la Commission, même s'il pourra se révéler nécessaire ultérieurement de ramener l'étude aux phénomènes constituant des actes unilatéraux licites produisant des effets juridiques.

26. On peut tout d'abord conclure que le droit international attribue des effets juridiques à certains types d'actes ou de comportements licites des États sans qu'une réaction d'un autre sujet de droit international soit nécessaire. Une autre conclusion pourrait expliquer que, comme l'attestent les exemples donnés par le Rapporteur spécial, un tel comportement unilatéral peut consister en des actes par lesquels l'État manifeste expressément sa volonté, ou en d'autres types de comportements de l'État qui ont des effets juridiques. L'acceptation tacite de réserves en vertu de la Convention de Vienne de 1969 est un exemple de comportement de ce type. Le silence et l'acquiescement sont aussi reconnus et réglementés par

[1] *Annuaire…1997*, vol. II (2e partie), par. 157, p. 57.

le droit international. L'absence de manifestation de la volonté au moment où un acte ayant des conséquences juridiques se produit a fréquemment été reconnue dans la jurisprudence internationale.

27. Une troisième conclusion pourrait exprimer l'idée que les actes unilatéraux des États peuvent se présenter sous forme écrite ou non et comprendre une ou plusieurs actions ou omissions. Une autre conclusion pourrait être que les effets juridiques de l'acte unilatéral ou du comportement unilatéral d'un État peuvent consister en l'acceptation par celui-ci d'une obligation internationale, la préservation ou l'affirmation d'un droit, la renonciation à un droit ou la reconnaissance d'un droit d'un autre sujet de droit international. L'État peut accomplir tous ces actes par lui-même, sans l'assistance d'un autre État et sans tenir compte de la volonté d'un autre État.

28. Une cinquième conclusion pourrait être qu'étant donné la grande diversité de comportements unilatéraux licites par lesquels les États peuvent produire des effets juridiques, il est essentiel, pour qualifier le comportement d'un État d'acte juridique unilatéral, de tenir compte dans chaque cas des circonstances particulières qui entourent ce comportement. Il serait donc souhaitable de suivre la proposition de Mme Escarameia et de donner une liste d'exemples des principaux facteurs ou circonstances qu'il faut avoir à l'esprit pour qualifier un comportement unilatéral d'acte susceptible de produire des effets juridiques.

29. Une dernière conclusion pourrait être que, en application du principe de la bonne foi et dans l'intérêt de la stabilité, de la sécurité et de la coopération internationales, les États doivent maintenir une position qui est compatible et conforme à leurs actes juridiques unilatéraux, honorer les obligations qu'ils peuvent avoir assumées au moyen de ces actes et respecter la confiance et les attentes légitimes qu'ils ont créées par ces actes.

30. Après 10 ans de débats, le moment est venu pour la Commission de présenter des résultats à l'Assemblée générale. Une série de conclusions préliminaires générales comme celles que M. Candioti vient de proposer aiderait à décider de la direction qu'il convient de donner à la poursuite des travaux sur le sujet.

31. M. BROWNLIE dit que s'il est d'accord avec nombre des propositions de M. Candioti au sujet de l'orientation que la Commission pourrait donner à la poursuite des travaux, il estime que ce dernier n'est pas sérieux lorsqu'il affirme que nombre de ses collègues nient l'existence des actes unilatéraux. M. Brownlie indique qu'il est lui-même auteur d'un manuel qui, depuis 1966, contient un chapitre qui y est consacré[2].

32. L'expression «actes unilatéraux» est pratique pour désigner succinctement le sujet et c'est pour cette raison que celui-ci figure au programme de travail de la Commission sous cette forme. Il ne s'agit pas néanmoins d'un modèle analytique très utile parce que, à l'évidence, bien qu'un acte unilatéral constitue un seuil nécessaire, il n'est pas suffisant; un État ne peut créer des relations avec d'autres de son propre chef. La liberté d'action des États est limitée par les droits des autres États. Un acte unilatéral ne peut imposer d'obligation aux autres États. Un tel acte est donc un mécanisme doté du potentiel, dans un contexte approprié, d'avoir des conséquences juridiques pour d'autres États. Aucun acte n'est jamais unilatéral à strictement parler, sinon il n'aurait aucun effet juridique; il n'existerait tout simplement pas. M. Brownlie indique que c'est ce qu'il veut dire lorsqu'il dit que les actes unilatéraux n'existent pas en tant que tels.

33. Toute la culture des actes unilatéraux est politiquement et qualitativement très différente de celle des traités. À quelques rares exceptions près, lorsqu'un traité est conclu, un État sait qu'il a conclu un traité dans un milieu politique et juridique dans lequel cet instrument sera reconnu sans problème. Il peut y avoir des difficultés d'interprétation mais, dans l'ensemble, l'acte a eu lieu dans un cadre juridique reconnu. Dans le cas des actes unilatéraux, exception faite peut-être de certaines formes de renonciation, un tel cadre n'existe pas. Il n'est donc pas surprenant que les États n'aient pas donné d'exemples de leur pratique parce que, tant qu'un organe tiers ne s'est pas occupé de la réglementation ou de la reconnaissance de l'acte en question, on ne sait pas vraiment si celui-ci existe ou non. C'est pourquoi les exemples donnés font apparaître une validation *ex post facto* des actes unilatéraux: tant que le tiers faisant autorité ne l'a pas validé, l'acte unilatéral n'est pas reconnu. Il s'agit d'un sujet complètement différent de celui du droit des traités. Si la Commission confond les deux, elle ne pourra contribuer au développement progressif du droit international.

34. M. PELLET fait observer que le débat semble tourner en rond. M. Brownlie se trompe sur deux points importants: premièrement, il n'est pas vrai que les États ne peuvent pas imposer d'obligations aux autres États au moyen d'actes unilatéraux. M. Candioti a fourni l'excellent exemple de la détermination de la largeur de la mer territoriale. Il s'agit d'actes unilatéraux conformes au droit international qui produisent des effets applicables à tous les États même si, pour que cela soit possible, une autorisation spéciale est requise. Néanmoins, en l'absence d'une telle autorisation, les États peuvent eux-mêmes contracter une obligation vis-à-vis de certains États ou de la communauté internationale dans son ensemble, comme l'ont confirmé les arrêts rendus dans les affaires des *Essais nucléaires* et du *Différend frontalier (Burkina Faso/Mali)* évoquées par M. Fomba. Une telle obligation a un effet juridique, quoi qu'en dise M. Brownlie. Donc les actes unilatéraux existent et produisent des effets.

35. Troisièmement, M. Brownlie s'est contredit en disant que le sujet ne se prête pas à codification bien qu'il considère les actes unilatéraux des États comme un seuil. L'objectif fondamental de l'examen du sujet est de décider comment déterminer ce seuil et à quel point dans le temps le comportement unilatéral d'un État lie cet État et impose des obligations à cet État et, peut-être, à d'autres États. Le sujet existe, ne serait-ce que parce qu'il est nécessaire d'essayer de trouver ce seuil.

36. M. CANDIOTI précise qu'il n'a jamais voulu dire que les actes unilatéraux devaient être mis sur un pied d'égalité avec les traités. Il serait bien sûr totalement

[2] Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5e éd., Oxford University Press, 1988.

erroné d'essayer d'utiliser le droit des traités pour établir des règles relatives aux actes unilatéraux. Il ne pense pas non plus que le droit des traités soit le seul secteur du droit international qui existe ou qu'un acte unilatéral produit des effets juridiques uniquement lorsqu'il est reconnu par un autre sujet de droit international. Le droit international coutumier et les principes généraux du droit international attribuent effectivement des effets juridiques à certains types de comportement unilatéral.

37. M. BROWNLIE explique que sa déclaration précédente ne visait pas tout ce qu'a dit M. Candioti mais seulement l'analyse qu'il a faite de ce que signifiait l'affirmation selon laquelle les actes unilatéraux n'existaient pas. En réponse à la référence par M. Pellet au droit de la mer et à la capacité de l'État de lier d'autres États en étendant sa mer territoriale ou en créant une nouvelle zone économique, il fait observer qu'un État ne peut adopter de mesures de cette nature unilatéralement, car une telle action est assujettie au droit international. L'arrêt rendu dans l'affaire *Nottebohm* procède à une analogie importante avec la mer territoriale dans le contexte du droit de la nationalité. De même, l'arrêt rendu dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* a établi qu'il n'est possible d'étendre la mer territoriale que dans le respect des conditions du droit international général et conformément à celles-ci [p. 143 de l'arrêt].

38. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, fait observer que le contenu des traités, comme celui des actes unilatéraux, doit être conforme au droit international, par exemple au *jus cogens*.

39. M. KOSKENNIEMI, répondant à l'observation de M. Pellet sur la circularité du débat, dit qu'il considère personnellement que le débat progresse. Il pense avec M. Brownlie que les actes unilatéraux existent d'une certaine manière, et souligne qu'il n'a jamais lui-même affirmé qu'ils n'existaient pas. Il est donc légitime pour des juristes de les examiner. Il hésiterait néanmoins à aller jusqu'à affirmer qu'ils constituent une sorte d'institution juridique.

40. Si tous les membres de la Commission semblent convenir que les actes unilatéraux existent effectivement, ils sont incapables de se mettre d'accord sur l'existence d'un seuil qui permette d'identifier dans la réalité juridique internationale et dans le comportement des États les types de comportements qui constituent des actes unilatéraux. Dans un certain sens, on peut dire qu'un seuil existe. Il est constitué par la bonne foi, l'équité et la raison, qualités que la philosophie du droit allemand englobe dans le vocable *Vertrauensschutz* («protection des attentes légitimes»).

41. Pourquoi, dans ces conditions, n'est-il pas possible de codifier ce seuil? En droit des traités, le seuil a été codifié, mais il faudrait pour ce faire, en matière d'actes unilatéraux, utiliser une terminologie totalement indéterminée et «ouverte». Si la Commission veut décrire la situation au sens qui concerne la Déclaration Ihlen et les affaires relatives aux *Essais nucléaires* et celle du *Temple de Préah Vihéar* du point de vue du seuil, il en résultera un seuil tellement ouvert qu'il en sera inutile.

42. Pour M. Koskenniemi, ce n'est pas tant qu'il n'y a pas d'actes unilatéraux, ou qu'ils sont impossibles à codifier, mais que le faire n'est pas souhaitable, parce que cette catégorie d'actes n'est pas définie d'une manière qui se prête à une telle prédétermination. C'est probablement ce que veut dire M. Brownlie lorsqu'il déclare que les actes unilatéraux sont identifiés *ex post facto* par les tribunaux. Lorsque M. Ihlen a fait sa déclaration malheureuse, il ne formulait pas un acte, mais il disait quelque chose comme cela, sans y penser, mais ultérieurement, lorsque le différend est né, ses paroles ont été interprétées de telle manière que la Norvège ne pouvait plus revenir sur cette déclaration. Néanmoins, lorsque M. Ihlen a prononcé ces mots, il n'y avait pas de seuil prédéterminé. Ils ont été considérés comme un acte unilatéral par l'effet d'une interprétation judiciaire *ex post facto*.

43. M. CHEE rappelle que dans l'*Affaire des pêcheries*, une question cruciale se posait, car l'utilisation de la méthode de la ligne de base droite avait entraîné une expansion substantielle de la mer territoriale dans une zone où des pêcheurs britanniques opéraient, de telle manière que leurs intérêts vitaux étaient en jeu. La Cour a néanmoins penché en faveur de la Norvège, au motif notamment que le Royaume-Uni n'avait pas émis de protestation et que la pratique en question était depuis longtemps tolérée par la communauté internationale [p. 139 de l'arrêt]. M. Chee estime donc qu'il faut avoir à l'esprit les vastes implications de cette affaire, à savoir que la Cour a confirmé un acte unilatéral.

44. M. PELLET se félicite de la position éclairée qu'adopte désormais M. Koskenniemi et dit que les buts mêmes de l'examen des actes unilatéraux est d'éviter et d'empêcher une situation dans laquelle un seuil serait déterminé *ex post facto* un peu au hasard, et également de donner aux États et aux tribunaux des indications sur ce qui se passe lorsque des personnes comme M. Ihlen se prennent au piège dans leurs déclarations et que celles-ci sont ultérieurement interprétées comme l'expression de la volonté de l'État. Personnellement, M. Pellet n'est pas convaincu qu'un acte unilatéral ne peut être déterminé qu'*ex post facto*. C'est actuellement la situation parce que le droit international ne fournit pas encore d'autres mécanismes. La solution est donc de codifier la jurisprudence en la matière.

45. M. Pellet indique que l'interprétation que M. Brownlie donne aux termes «unilatéral» le laisse perplexe. Ce mot ne signifie pas «autonome». Il signifie qu'un État ou une partie prend une initiative. Ceci ne veut pas dire qu'une telle action n'est pas dans le champ du droit international. À l'évidence, les actes unilatéraux produisent des effets juridiques parce qu'il existe une règle de droit international qui leur permet de le faire. Comme l'a fait observer le Président, il en va de même des traités conformément au principe du droit international coutumier exprimé par l'adage «*pacta sunt servanda*», en vertu duquel les traités lient les États qui y sont parties. De même, il existe une règle *acta sunt servanda*, même si les conditions applicables aux actes en question sont plus difficiles à déterminer.

46. Par ailleurs, M. Pellet ne suit pas le raisonnement du Président lorsque celui-ci déclare que les traités doivent

être conformes au *jus cogens*. Il s'agit d'une question de contenu, alors que la Commission est en train d'examiner le fondement des actes unilatéraux. Les actes unilatéraux doivent assurément être conformes au *jus cogens*, mais la question clé est de savoir pourquoi ils lient leurs auteurs. La raison en est qu'il existe une règle ou des règles, par exemple celles du droit de la mer, qui les rend obligatoires de la même manière que les traités; c'est ce qu'on appelle une règle d'autorisation.

47. M. KAMTO dit que plus le débat progresse, plus il devient confus. S'il se félicite que certains membres de la Commission reconnaissent maintenant que les actes unilatéraux existent, il regrette qu'ils ne semblent le faire que pour pouvoir prouver que ces actes ne peuvent être codifiés. L'existence des actes unilatéraux a néanmoins été démontrée. Il est temps de structurer les travaux de la Commission en distinguant, en droit international, entre les actes unilatéraux validés par une autorisation et les actes unilatéraux autonomes formulés sans autorisation conférée par un autre acte juridique international. Lorsqu'un État fixe les limites extérieures de sa mer territoriale, il le fait sur autorisation d'un traité ou d'une convention. D'autre part, la Déclaration Ihlen constitue un exemple d'un acte qui n'avait pas été sollicité par l'autre partie, mais qui a pourtant été formulé par le représentant d'un État. Il s'agit d'une déclaration unilatérale qui ne repose sur aucun autre acte juridique international la rendant possible.

48. Sur la base de cette distinction, on pourrait dire que, dans le premier cas, la question posée est une question de validité. Si un acte dépend d'un autre, il faudra vérifier la validité du second acte à la lumière du premier et du droit international général. L'acte a-t-il été formulé conformément aux règles ou critères énoncés par l'acte qui l'autorise? Les effets qu'il produit sont-ils compatibles avec ce dernier acte ou avec le droit international général?

49. Dans le second cas, il semble qu'il s'agisse de savoir si l'acte est un acte juridique et s'il est valide. Pour répondre à ces questions, il est nécessaire de définir les critères de licéité de l'acte, et c'est ce que s'efforce de faire le Rapporteur spécial. L'acte a-t-il été formulé par la personne ayant la capacité de le faire au regard du droit international? La personne en question a-t-elle formulé l'acte avec l'intention de lier l'État? A-t-elle exprimé la volonté de l'État? Une fois qu'il a été répondu à ces question et que l'on s'est assuré que l'acte en question peut effectivement être un acte juridique, la question suivante est celle de savoir s'il est valide au regard du droit international parce qu'il est conforme à d'autres principes du droit international, qu'ils soient généraux ou particuliers au domaine dans lequel l'acte unilatéral a été formulé. Bien entendu, il y a de nombreux autres critères, comme le destinataire de l'acte, mais si la Commission pouvait structurer ses travaux un peu comme il vient de le suggérer, peut-être ceux-ci progresseraient-ils plus rapidement.

50. M. BROWNLIE dit que M. Chee a tiré une conclusion qui n'est pas étayée par l'*Affaire des pêcheries*. Le Royaume-Uni, État demandeur, avait demandé un jugement déclaratoire sur le point de savoir si le système norvégien de la ligne de base était ou non conforme au droit international général. La Cour a conclu que ce système était effectivement valide en application des principes du droit international général. Le juge Hackworth a été le seul membre de la Cour à considérer, dans une opinion individuelle, que la conformité du système au droit international dépendait de la reconnaissance britannique [p. 144 de l'arrêt].

51. M. Brownlie apprécie beaucoup la manière dont M. Kamto analyse la question, mais cette analyse repose sur la métaphore d'un seuil. M. Brownlie indique qu'en fait, ce qu'il a dit auparavant est qu'un acte unilatéral initial – un mécanisme de déclenchement – est un élément nécessaire mais non suffisant. La question majeure est de savoir quels sont les éléments suffisants pour produire un résultat juridique, en d'autres termes un acte qui n'est pas seulement nécessaire mais aussi suffisant. La variété des éléments en question est énorme. Le droit international ne requiert aucune forme particulière et une grande incertitude règne. Si la Commission essaie de légiférer dans ce domaine, elle risque d'aggraver les choses.

52. Mme ESCARAMEIA dit qu'il ressort désormais clairement, en particulier des dernières observations de M. Brownlie, que la question qui se pose est de savoir si un acte unilatéral produit des effets juridiques par lui-même ou s'il s'agit simplement d'un mécanisme déclencheur. Des réactions de tiers sont nécessaires avant que l'on puisse dire que des effets juridiques ont été produits. Ce serait donc le mécanisme déclenché, outre les réactions des tiers, qui produit les effets juridiques, quelque chose qui ne deviendrait apparent qu'*ex post facto*, et probablement uniquement dans une décision judiciaire.

53. Il est exact, comme M. Brownlie l'a souligné, que les traités déterminent parfois à l'avance ce que seront les réactions des États: en ce qui concerne la largeur de la mer territoriale, par exemple, ou l'exploitation d'une zone économique exclusive. D'autre part, la jurisprudence révèle qu'à chaque fois qu'un tribunal est confronté à un acte unilatéral, la date qu'il lui assigne n'est pas la date à laquelle les effets juridiques ont été produits mais la date à laquelle l'acte a été formulé. Ainsi, dans la pratique des tribunaux, il existe un acte juridique chaque fois qu'un État exprime sa volonté unilatéralement. L'étape suivante consiste à déterminer quels facteurs confèrent le statut d'acte unilatéral à la volonté exprimée par un État. C'est ce que la Commission tente de faire. Certains membres pensent qu'il serait utile de voir comment les traités prévoient de tels facteurs, tandis que d'autres pensent que ce serait une perte de temps.

54. Mme XUE dit que bien que le sujet des actes unilatéraux des États soit inscrit à l'ordre du jour de la Commission depuis pas mal de temps, la discussion en cours montre qu'on est toujours en train de débattre de la question fondamentale de savoir si le sujet est propre ou prêt à être codifié. Des doutes ont été exprimés quant à l'existence des actes unilatéraux en tant qu'institution ou notion juridique dans l'ordre juridique international. Il est peut-être exact que, à la différence des traités, de la protection diplomatique ou de la responsabilité de l'État, la notion d'actes unilatéraux des États n'a pas une connotation juridique très affirmée, mais ceci ne signifie pas qu'elle n'appelle pas une étude juridique digne de ce nom.

55. Comme la pratique des États, la jurisprudence et les sentences arbitrales l'ont démontré à de multiples reprises, dans certaines circonstances certains actes unilatéraux des États sont considérés comme ayant produit des effets obligatoires, aussi bien pour l'État qui en est l'auteur lui-même que, dans certains cas, pour d'autres États. Comme ils sont formulés par l'État lui-même, ces actes ne peuvent être considérés comme involontaires. D'autre part, leurs conséquences peuvent aboutir à une situation dans laquelle l'État qui formule les actes est lié par ceux-ci. Ces conséquences peuvent être anticipées par l'État auteur ou elles peuvent le surprendre. C'est pourquoi l'on estime qu'il est nécessaire de définir les conditions dans lesquelles ces actes produisent des effets contraignants afin d'éviter de telles surprises et de promouvoir la stabilité et la prévisibilité des relations interétatiques. Si un État n'entend pas produire des effets juridiques, il doit s'abstenir de certains actes ou prendre des mesures pour empêcher que de tels effets ne soient produits. Dans ce contexte, l'étude en cours est utile.

56. Bien entendu, une considération de politique intervient également. Comme le Rapporteur spécial le souligne au paragraphe 3 de son rapport, durant le débat qui a eu lieu à la Sixième Commission, des États membres ont souligné que « la CDI devait proposer une définition claire des actes unilatéraux des États susceptibles de produire des effets juridiques, en lui donnant assez de souplesse pour que les États aient la latitude nécessaire pour accomplir des actes de nature politique ». Comme l'a fait observer M. Brownlie, les effets des actes unilatéraux sont *ex post facto*: parfois ils sont voulus par les États mais souvent ils ne le sont pas. Dans ce dernier cas, la question se pose de savoir dans quelle mesure il convient de donner aux États la « latitude nécessaire » pour accomplir des actes politiques. En ce sens, les intérêts de chaque État sont en jeu.

57. Si on a jusqu'ici considéré que les actes unilatéraux produisaient des effets juridiques, et faisaient donc assumer des obligations juridiques, les exemples présentés dans le rapport révèlent un autre type de situation, dans laquelle les effets produits ne sont pas juridiques mais n'en lient pas moins l'État auteur. Les engagements pris par les États dotés d'armes nucléaires de ne pas utiliser ces armes contre les États qui n'en sont pas dotés, par exemple, ont été contractés intentionnellement sans effets juridiques. Ils ont un caractère politique et ont été pris dans le cadre d'un accord intervenu dans le contexte du traité de non-prolifération. La Commission pourrait décider d'exclure ce type de cas du champ de l'étude, pour ne retenir que ceux qui ont des effets juridiques, mais une décision de principe de ce type risque de l'empêcher d'atteindre l'objectif qu'elle poursuit. Après tout, toute la question des actes unilatéraux concerne la bonne foi et la prévisibilité fondée sur celle-ci.

58. Pour ce qui est de la forme, M^me^ Xue partage les doutes exprimés par certains membres au sujet de la conclusion du Rapporteur spécial selon laquelle la forme n'est pas une considération vraiment décisive quand il s'agit de déterminer si l'acte unilatéral peut produire des effets juridiques de lui-même sans nécessité d'acceptation ou d'autre réaction du destinataire. L'affaire des *Essais nucléaires* invoquée à l'appui de cette conclusion n'est ni concluante ni exhaustive. On pourrait trouver d'autres affaires dans lesquelles les effets obligatoires de l'acte unilatéral dépendent de la réaction du destinataire. Comme l'analyse des actes unilatéraux est en grande partie contextuelle et circonstancielle, la forme que prendront de tels actes et les relations entre l'auteur et le destinataire peuvent varier considérablement d'un cas à l'autre, se révélant décisives s'agissant de déterminer les effets obligatoires des actes concernés dans certains cas mais non dans d'autres. Sur les 11 exemples donnés dans le rapport, trois – ceux de la Colombie [par. 13 à 35], de la Jordanie [par. 44 à 54] et de la Proclamation Truman [par. 127 à 137] – concernent une procédure judiciaire interne, mais la pratique pertinente indique trois directions différentes. S'il est impossible de dire laquelle est normale et laquelle est exceptionnelle, une chose est claire: les circonstances politiques jouent un rôle décisif quant aux effets des actes dans chaque cas. Ainsi, la Commission est confrontée à une incertitude contextuelle.

59. Pour ce qui est de la deuxième conclusion tirée par le Rapporteur spécial, à savoir que les auteurs des actes unilatéraux sont des États, M^me^ Xue fait observer que cela tient à la nature même du sujet: ce sont les actes des États et non ceux d'autres entités que l'on étudie. Il est quelque peu surprenant qu'il ait fallu si longtemps à la Commission pour parvenir à cette conclusion. Ce qui préoccupe M^me^ Xue n'est pas la conclusion elle-même mais l'analyse qui la suit et qui donne l'impression générale que la démarche du Rapporteur spécial demeure très affectée par les régimes conventionnels [par. 171 et suiv.]. La question centrale en matière d'actes unilatéraux est celle de savoir si une obligation ou des effets juridiques sont créés, et non à qui cette obligation peut et doit être due, même si cette question n'est pas totalement dénuée de pertinence.

60. En bref, l'étude des actes unilatéraux peut fournir aux États des indications utiles dans la conduite de leurs relations extérieures. Lorsqu'elle examine les questions qui se posent, la Commission ne doit pas perdre de vue le contexte politique dans lequel opèrent les règles juridiques. Quant à la prochaine étape des travaux, M^me^ Xue comprend les réserves exprimées au sujet de la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission examine certains des projets d'articles séparément de l'étude de la pratique, et elle pense que la proposition de M. Candioti en faveur de l'élaboration de conclusions générales préliminaires mérite d'être examinée sérieusement.

Les réserves aux traités (*suite*[*]) [A/CN.4/549, sect. D, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, et A/CN.4/L.665]

[Point 6 de l'ordre du jour]

Dixième rapport du Rapporteur spécial

61. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant son dixième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/558 et Add.1 et 2) dit qu'il doit à la Commission des explications et des excuses. Le document dont elle est saisie ne constitue qu'une partie de son dixième rapport, et il a été conçu au départ comme devant en constituer une plus

[*] Reprise des débats de la 2842^e^ séance.

petite partie encore. Il dit que plein de bonnes résolutions, il avait l'intention de présenter un rapport comportant trois éléments distincts: une introduction qui, comme à l'habitude, aurait fait le point sur la manière dont le rapport précédent aurait été reçu et sur les développements récents en ce qui concerne les réserves aux traités; une première partie, avec laquelle le Rapporteur spécial en aurait terminé une fois pour toutes avec le problème de la formulation, en d'autres termes comment définir la forme et la procédure des objections aux réserves et de l'acceptation des réserves, et une seconde partie, sur la validité des réserves.

62. Le Rapporteur spécial indique qu'il s'est mis au travail avec ardeur, en commençant par la formulation des objections, une extension logique de ses deux précédents rapports consacrés totalement ou partiellement à la définition des objections. Un fait nouveau est toutefois intervenu, en ce qu'il a dû donner la priorité à un gros travail académique consistant à commenter plusieurs articles relatifs aux réserves dans le cadre d'un commentaire article par article de la Convention de Vienne de 1969 entrepris par l'Université libre de Bruxelles. C'est ainsi qu'il a en particulier commenté l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 et de la Convention de Vienne de 1986, qui traitent de la validité des réserves, le problème même auquel il se proposait de consacrer la seconde partie de son dixième rapport.

63. La Commission n'est pas une université, et le Rapporteur spécial ne pouvait pas «resservir» purement et simplement le texte de son commentaire sur l'article 19 en guise de rapport. Il a donc choisi d'adapter ce commentaire, entreprise qui s'est révélée de plus longue haleine qu'il ne s'y attendait. Il a finalement dû admettre qu'il ne serait pas en mesure de respecter le programme ambitieux qu'il s'était fixé et qu'il devait faire un choix: soit achever son travail sur la formulation et renvoyer à des jours meilleurs la question plus intéressante de la validité des réserves, soit donner la priorité à la validité des réserves, encourant le risque que rien ne soit prêt à temps.

64. Il a parié sur la seconde option mais il a malheureusement perdu son pari: non seulement il n'a pu finir ni l'introduction ni la première partie de son rapport, mais il a également remis trop tard la seconde, ce qui fait que seules les sections A et B (document A/CN.4/558) ont été traduites dans toutes les langues de travail de la Commission. Il a été informé par le Secrétariat que la section D ne sera disponible dans toutes les langues qu'après la fin de la session. Bien que le Secrétariat ait adopté la politique louable consistant à fournir les documents dans leur langue originale – en l'espèce en français – avant qu'ils soient publiés dans toutes les autres langues, il sera à l'évidence impossible d'examiner le rapport dans son intégralité à la session en cours, car si l'anglais est une langue de travail pour presque tous les membres de la Commission, il n'en va pas de même de la langue de Molière, Georges Scelle et Paul Reuter.

65. Tout ceci vise à expliquer, pour s'en excuser, le début assez abrupt du document dont la Commission est saisie, qui devait à l'origine constituer la fin d'un rapport beaucoup plus long. La Commission aura tout de même du grain à moudre.

66. Dans les deux premières sections dont la Commission est saisie, le Rapporteur spécial a essayé dans un premier temps de justifier l'expression «validité des réserves» avant de passer au principe qui a été déduit du chapeau de l'article 19 des Conventions de Vienne, à savoir la présomption de validité des réserves, puis de poursuivre par un examen des problèmes posés par l'interdiction expresse ou implicite des réserves, ce qui correspond aux alinéas *a* et *b* de cet article.

67. La section C concerne l'exigence absolument cruciale de la compatibilité des réserves avec l'objet et le but du traité, exigence posée à l'alinéa *c* de l'article 19, ce qui est aussi l'occasion d'examiner de manière approfondie plusieurs questions délicates, y compris celle de la validité ou non des réserves relatives à l'application du droit interne, des réserves vagues et générales et des réserves codifiant des normes coutumières ou énonçant des règles du *jus cogens*. Dans la section D, sont abordées des questions telles que la détermination de la validité des réserves et ses conséquences, qui peut apprécier cette validité et quelles sont les conséquences d'une réserve dont on constate qu'elle n'est pas valide.

68. Revenant aux deux premières sections et à la formule parfois contestée qu'il a choisie comme titre, à savoir «La validité des réserves», le Rapporteur spécial rappelle qu'eu égard aux difficultés posées par cette expression, il a proposé que la Commission sollicite les vues des États à la Sixième Commission à cet égard. La Commission l'a fait[3], mais comme c'est souvent le cas, les résultats de cette consultation ne sont pas particulièrement éclairants, pour deux raisons.

69. Premièrement, les réponses des États ont montré qu'ils étaient partagés à peu près également entre ceux qui sont réticents à l'égard du mot «validité» et ceux qui l'acceptent. Deuxièmement, nombre de représentants ont profité de l'occasion pour passer en revue tout le régime juridique des réserves [A/CN.4/549, par. 101 à 112], ce qui n'est pas sans intérêt en soi mais sort des limites de l'exercice qui, dans l'esprit du Rapporteur spécial, consistait à trouver la formulation la plus neutre possible, qui ne préjuge pas, ou le moins possible, le régime juridique applicable aux réserves ou aux diverses catégories de réserves, si la Commission devait se résigner à considérer qu'il en existe plusieurs catégories.

70. Et c'est justement la raison pour laquelle les mots «validité/invalidité» et «valide/invalide» sont infiniment plus acceptables que leurs concurrents, comme «admissibilité/inadmissibilité», ou «licéité/illicéité». Le Rapporteur spécial indique que la raison pour laquelle il voudrait revenir à la terminologie qu'il a initialement utilisée, à savoir «validité», est qu'elle est parfaitement neutre, alors que les trois expressions concurrentes sont doctrinalement très engagées.

71. La grande querelle doctrinale sur la question des réserves oppose les tenants de l'admissibilité, qui considèrent qu'une réserve peut être nulle en soi si elle est contraire à l'objet et au but du traité, à ceux de l'opposabilité, pour lesquels le régime des réserves est tout entier

[3] Voir *Annuaire…* 2004, vol. II (2e partie), par. 33 à 37.

gouverné par les réactions des autres États. On peut parler d'écoles objective et subjective. Il semble donc aller de soi qu'en utilisant l'une ou l'autre de ces expressions, la Commission prendrait position en faveur de l'une ou l'autre de ces écoles alors que ceci n'est pas « terminologiquement indispensable » lorsqu'il existe un terme plus neutre, « validité ». Il y a du vrai dans les arguments avancés en faveur des expressions concurrentes, bien qu'aucune ne rende complètement compte de la réalité complexe du régime juridique des réserves.

72. Sir Derek Bowett, le leader incontesté de l'école de l'« admissibilité », a incité la Commission à recourir à ce vocable mais, pour sa part, le Rapporteur spécial n'est pas sûr que la Commission ait eu raison de lui emboîter le pas et d'adopter le vocable anglais « *admissible* » pour qualifier des réserves ne posant pas de problèmes de validité et « *inadmissible* » pour celles qui en posent [voir les paragraphes 4 et 5 du rapport]. Une réserve peut être valide ou non pour cause d'admissibilité ou pour d'autres raisons, mais il ne paraît pas très sage pour la Commission de se lier les mains en employant une terminologie ainsi doctrinalement engagée.

73. « *Permissible* » se traduit en français par « licite » et « *impermissible* » par « illicite », ou plutôt, vice-versa, puisque la langue originale dans laquelle le Rapporteur spécial travaille est, il tient à le souligner, le français. Cette terminologie est toutefois tout aussi insatisfaisante en français. Premièrement, parce qu'il y a une grande différence entre « *permissible* », un terme dont la traduction française la plus exacte serait « recevable », et « licite » qui en anglais correspond à « *lawful* », par opposition à « *wrongful* ». Deuxièmement, parce que ce vocabulaire, qui tourne autour de la licéité des réserves, est trompeur. La Commission s'en est aperçue lorsque M. Tomka a fait remarquer avec beaucoup de bon sens que cette terminologie renvoyait fâcheusement à la responsabilité des États. Or il n'est pas raisonnable de prétendre qu'une réserve non valide pour des raisons de formes, qu'elle soit « irrecevable » ou « inopposable », engage la responsabilité de l'État ou de l'organisation internationale qui la formule, et certainement pas qu'elle le soit toujours et dans tous les cas de figure. Il n'existe aucun précédent en ce sens et si quelques auteurs, fort rares d'ailleurs, l'ont parfois prétendu, cette idée singulière n'a, à la connaissance du Rapporteur spécial, jamais été soutenue par aucun État dans un cas concret. Le pire qui puisse arriver à une réserve est d'être nulle, irrecevable ou inopposable, mais pas d'engager la responsabilité de son auteur. Si contentieux il y a à cet égard, c'est un contentieux de la « légalité », sûrement pas de la responsabilité.

74. Le Rapporteur spécial poursuit que, faute de mieux, il revient à l'idée très neutre que certaines réserves sont valides, d'autres pas, et ceci quelle que soit la cause et quels que soient les effets de cette validité. Tel est donc le titre de cette partie du rapport et c'est aussi pour cette raison que le Rapporteur spécial propose à la Commission de s'en tenir à ce vocabulaire dans ses travaux futurs et de l'adopter dans les cas laissés en suspens en 2002, qui concernent des directives déjà adoptées, à savoir les directives 1.6 et 2.1.8, dans lesquelles les mots « licite »

et « illicite » sont utilisés[4]. La Commission devrait revenir aux termes beaucoup plus neutres de « validité » et « invalidité ». Ceci ne signifie pas qu'il n'y a pas de réserves « inadmissibles » ou « admissibles », mais que dans le contexte de l'article 19 il est indûment partisan de parler d'admissibilité ou de recevabilité.

75. La section A du dixième rapport du Rapporteur spécial (« La présomption de validité des réserves ») rappelle le principe découlant du chapeau de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, en vertu duquel un État ou une organisation internationale *peut* formuler une réserve, ce qui revient, comme la Commission l'a expliqué dans son commentaire de 1962 et 1966, à poser « le principe général selon lequel la formulation des réserves est autorisée », en rupture avec toutes les propositions faites par les Rapporteurs spéciaux qui avaient précédé Sir Humphrey Waldock et la pratique internationale[5], en tout cas selon l'avis consultatif rendu par la CIJ en 1951 concernant les *Réserves à la Convention sur le génocide*. Ceci dit, toute la structure de l'article 19 le montre, cette présomption est loin d'être absolue, et la faculté de formuler une réserve n'est pas illimitée. Elle est en premier lieu limitée dans le temps, car une réserve ne peut être formulée qu'à la signature ou à l'expression définitive du consentement à être lié par un traité. De plus, de par sa nature, un traité peut exiger qu'une réserve soit unanimement acceptée, faute de quoi la réserve serait, comme l'indique clairement le paragraphe 2 de l'article 20, formulée mais non « faite » ou « établie ». De surcroît, les États peuvent de toute façon limiter la faculté de formuler des réserves dans le traité lui-même, une possibilité envisagée aux alinéas *a* et *b* de l'article 19, même si ces alinéas ne couvrent pas toutes les limitations à la faculté de formuler des réserves imposées par le traité lui-même et, de toute manière, il résulte clairement de la rédaction de l'article 19, alinéa *c*, qu'une réserve incompatible avec l'objet du traité ne peut être formulée.

76. Certes, les États ont la faculté de formuler des réserves, mais ce n'est pas un droit absolu; au surplus, cette faculté porte sur la formulation des réserves, et le mot « formulation », qui figure dans le titre même de l'article 19, n'a pas été choisi au hasard. Il met l'accent sur ce que peut faire l'État auteur de la réserve, mais comme Waldock et la Commission ont insisté à juste titre, cela ne signifie pas que la réserve sera « faite », c'est-à-dire qu'elle produira effectivement les effets visés par son auteur. Pour qu'il en aille ainsi, il faut encore, pour reprendre l'expression fondamentale mais trop souvent méconnue et qui figure à l'article 21, paragraphe 1, des Conventions de Vienne, que la réserve soit « établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, 20 et 23 ». En d'autres termes, le respect de l'article 19 est l'une des conditions pour que la réserve soit « faite » ou « établie », pour qu'elle puisse produire ses effets, mais ce n'est pas la seule et c'est pourquoi il semble que ni l'école de l'admissibilité, qui focalise son attention sur l'article 19 à l'exclusion de toute autre considération, ni celle de l'opposabilité, qui ne s'intéresse qu'à l'article 20 et à la réaction des autres États, ne rendent complètement et fidèlement compte du régime juridique des réserves dans toute sa complexité.

77. Les conditions posées à l'article 19 sont nécessaires à l'établissement d'une réserve, mais elles ne sont pas suffisantes. Elles n'en sont pas moins au début de la chaîne qui permettra à la réserve de produire les effets qu'en attend son auteur et ainsi les éléments de l'article 19 sont essentiels à la validité des réserves. En présence d'une réserve, la première chose à faire avant d'aller plus loin est à l'évidence de se demander si elle satisfait aux dispositions de l'article 19.

78. Ceci étant, la faculté de formuler des réserves est le principe de base. Les autres considérations ne font que le nuancer. Le Rapporteur spécial demande pour cette raison au paragraphe 16 de son rapport s'il pourrait être utile de faire du principe de la présomption de validité des réserves l'objet d'un projet de directives distinct, car cette présomption est l'une des caractéristiques fondamentales du régime des réserves dans son ensemble. Il indique toutefois qu'il y a renoncé, pour des raisons qui sont moins de fond que de méthode. Comme il l'explique aux paragraphes 17 et 18, isoler le chapeau de l'article 19 des Conventions de Vienne présenterait le grave inconvénient de scinder l'article 19 en deux ou plusieurs projets de directives. Il est préférable d'éviter de procéder ainsi pour la commodité des usagers du Guide de la pratique. Comme la Commission l'a fait à de nombreuses reprises – le Rapporteur spécial indique qu'il cite la plupart des exemples pertinents dans la note au paragraphe 17 –, il est préférable de reproduire l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986 dans son intégralité dans un projet de directive unique, le projet de directive 3.1 [par. 20 du rapport]. Comme d'habitude, il préfère utiliser la Convention de Vienne de 1986, parce qu'elle est plus complète que celle de 1969 en ce qu'elle inclut les organisations internationales.

79. Certes, on ne peut cacher que se contenter de reproduire l'article 19 dans le projet de directive 3.1 n'est pas l'idéal, pour la raison qui est exposée au paragraphe 19 du rapport. L'article 19 ne fait en effet que répéter purement et simplement ce qui est déjà précisé au paragraphe 1 *d*) de l'article 2 des Conventions de Vienne et qui a été repris dans la définition des réserves dans le projet de directive 1.1, parce que ces trois dispositions (article 2, paragraphe 1 *d*), article 19 et directive 1.1) précisent en effet d'une manière qui n'est pas tout à fait complète les cas ou les moments dans lesquels une réserve peut être formulée. Comme cela est déjà dans la définition, il n'y a pas besoin de le répéter lorsque l'on parle des conditions de validité des réserves. Toutefois, il n'y a pas là une raison suffisante pour « corriger » les Conventions de Vienne, car on risquerait ainsi de désorienter inutilement les usagers du Guide de la pratique. Il est infiniment préférable de reproduire dans le projet de directive 3.1 le texte intégral

[4] Voir *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), par. 470, p. 133, et *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 103, p. 47, respectivement.

[5] Voir *Annuaire… 1962*, vol. II, document A/5209, p. 194 à 200; et *Annuaire… 1966*, vol. II, document A/6309/Rev.1, p. 220 à 228.

de l'article 19. Mieux vaut en effet se répéter que se contredire.

80. Dans les sections B et C, il semble légitime de distinguer entre les alinéas *a* et *b* de l'article 19, d'une part, et l'alinéa *c* de l'autre, même si dans la quatrième section il a paru indispensable au Rapporteur spécial de réunir à nouveau les trois hypothèses dès lors qu'il s'agit de la détermination de la validité des réserves et des conséquences de cette détermination, puisque aussi bien rien, ni dans l'article 19 lui-même, ni dans les articles 20 à 23, ne donne à penser qu'il faut distinguer les réserves interdites par le traité et les réserves contraires à l'objet et au but de celui-ci en ce qui concerne le régime juridique applicable. Mais ceci est l'objet de la section D.

81. Le Rapporteur spécial indique que, dans la section C, il envisage assez longuement la difficile question de la compatibilité des réserves avec l'objet et le but du traité, et que la section B est consacrée aux réserves interdites par le traité soit expressément soit implicitement, ce qui correspond aux alinéas *a* et *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne. Ces hypothèses sont plus simples que celles envisagées à l'alinéa *c*, même si elles ne sont peut-être pas aussi simples que l'a dit son prédécesseur, Paul Reuter[6].

82. Le Rapporteur spécial souligne que s'il entend épargner à la Commission la description détaillée des travaux préparatoires de ces dispositions, qui figure aux paragraphes 23, 24, 31 et 35 à 37 du rapport, la lecture de ces paragraphes montre que la question n'est pas aussi simple qu'elle le paraît et que les deux hypothèses envisagées dans les deux premiers alinéas de l'article 19 ne rendent qu'imparfaitement compte de tous les cas de figure possibles. Le point de départ est que la Commission est en présence de traités qui contiennent des clauses de réserve – c'est le chapeau de l'article 19, alinéa *a* et *b*. L'alinéa *a* couvre l'hypothèse dans laquelle le traité interdit « la » réserve, mais ceci peut résulter de deux catégories de clauses de réserve qui sont, en réalité, assez différentes. Le traité peut interdire toutes les réserves ou certaines seulement. Dans la première de ces hypothèses, l'interdiction de toutes les réserves, par exemple dans le Statut de Rome de la Cour pénale internationale, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ou la Convention de Bâle de 1989 sur le contrôle des mouvements transfrontières de déchets dangereux et leur élimination, les choses sont simples, mais relativement seulement, car il faut encore décider si une déclaration unilatérale constitue oui ou non une réserve, car une telle déclaration demeure possible en principe et est même expressément prévue dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Cependant, et premièrement, ceci relève de la définition des réserves et n'est pas un problème de validité *stricto sensu*, et deuxièmement, si la déclaration est une réserve et non une simple déclaration interprétative, elle ne pouvait être formulée et, si elle l'est, elle n'est pas valide. Le Rapporteur spécial indique qu'il expliquera ultérieurement, dans la section D, ce que ce mot signifie, parce qu'il n'est pas suffisant de dire qu'une réserve n'est pas valide, il est aussi nécessaire de comprendre ce que cela signifie exactement.

83. Ceci étant, les traités qui interdisent purement et simplement les réserves sont fort rares. Le plus souvent, l'interdiction est partielle et ne concerne que certaines réserves. Mais cette hypothèse doit à son tour être divisée en au moins deux sous-catégories. Par exemple, un traité peut interdire les réserves à certaines de ses dispositions, par leur numéro d'article ou de paragraphe. On en trouvera des exemples au paragraphe 29 du rapport. Mais il arrive aussi, et c'est nettement plus compliqué, que l'interdiction porte non sur des dispositions déterminées mais sur des catégories plus ou moins nettement définies.

84. La première chose que devrait faire la Commission serait d'indiquer que ces trois cas de figure sont couverts par l'alinéa *a* de l'article 19, ce qui préciserait les choses utilement, et paraît d'autant moins superflu que les travaux préparatoires de l'article 19 ont montré à quel point des incertitudes subsistaient à cet égard, comme l'attestent les commentaires d'un certain nombre d'anciens membres de la Commission, qui ont considéré que seulement certains cas d'interdiction étaient couverts, alors que d'autres ne l'étaient pas. Pour le Rapporteur spécial, la disposition couvre toutes les hypothèses d'interdiction, même si elle n'a pas toujours automatiquement le même effet. C'est pourquoi il propose d'indiquer dans le projet de directive 3.1.1 que ces trois hypothèses sont couvertes par l'alinéa *a* de l'article 19, ce qui ne devrait pas poser de problèmes majeurs, parce que cette directive ne fait que préciser ce que l'on entend par « réserve interdite ».

85. Par contre, il est important d'indiquer très clairement, pas dans le texte même d'un projet de directives mais dans le commentaire, que les hypothèses couvertes à l'alinéa *a* de l'article 19 des Conventions de Vienne concernent, contrairement à ce qui a pu être écrit, uniquement les interdictions expresses et en aucune manière les interdictions implicites. Il ressort des travaux préparatoires que Waldock puis la Commission ont très clairement écarté l'idée que certains traités interdisaient les réserves de par leur nature, alors même qu'un régime spécial était retenu pour deux catégories particulières de traités, à savoir les traités conclus entre un nombre restreint de parties et les actes constitutifs d'organisations internationales; mais dans les deux cas, ces distinctions ont été admises au titre de l'article 20 mais en aucune manière de l'article 19. L'article 20 distingue certaines catégories de traités parce qu'il s'agit d'un problème d'opposabilité, pas d'admissibilité.

86. En revanche, l'article 19 fait bien référence à une forme d'interdiction implicite des réserves, mais celle-ci tient non pas à la nature du traité mais à un raisonnement *a contrario*, lorsqu'un traité autorise exclusivement des réserves déterminées. Tel est l'objet de l'alinéa *b* de l'article 19. Toutefois, aussi logique que soit l'idée qui sous-tend cet alinéa *b*, l'interdiction qu'il envisage est assez complexe et suppose, comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 34 de son rapport, que trois conditions soient réunies: le traité doit autoriser la formulation

[6] « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels » in *International Law at a Time of Perplexity — Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 625, également reproduit dans *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international*, Paris, Économica, 1995, p. 363.

de réserves, les réserves autorisées doivent être déterminées et seules ces réserves doivent pouvoir être « faites ». En réalité, ces trois conditions sont si contraignantes, spécialement les deux dernières, qu'elles sont rarement remplies. La troisième a été ajoutée lors de la Conférence de Vienne par le Comité de rédaction à la suite d'un amendement polonais, certainement moins anodin que son auteur l'avait pensé, car il revient à réviser la présomption qu'avait posée la Commission, dont le projet admettait, assez logiquement, que si certaines réserves étaient autorisées par le traité, les autres, *a contrario*, devaient être tenues pour interdites[7]. Mais la tendance au milieu et à la fin des années 60 était d'admettre largement les réserves et le Rapporteur spécial n'a pas l'intention de demander à la Commission de revenir sur l'amendement polonais, qui a été incorporé dans les Conventions de Vienne, même s'il pense personnellement qu'il est regrettable. Par contre, la Commission devrait préciser si une réserve qui n'est ni expressément autorisée, ni implicitement interdite doit respecter le critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité. Le Rapporteur spécial ne doute pas quant à lui que la réponse à cette question doive être affirmative, mais il indique qu'il y reviendra lorsqu'il présentera la section C de son dixième rapport. Il en va de même lorsque l'autre condition imposée par l'alinéa *b* de l'article 19 n'est pas remplie, c'est-à-dire lorsque les réserves autorisées ne sont pas « déterminées ». Le terme « déterminée » peut sembler anodin, et le lecteur pourrait penser que la Commission aurait pu dire que le traité doit autoriser « certaines réserves » ou « des réserves particulières ». Il faut avouer qu'aucun argument décisif en sens contraire ne peut être retiré des travaux préparatoires. Toutefois, dans l'affaire de la *Mer d'Iroise*, un différend concernant la délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni et la France, le Tribunal arbitral a, dans sa sentence du 30 juin 1977, interprété l'article 12 de la Convention de Genève sur le plateau continental, qui autorise les parties à faire des réserves à toutes les dispositions de la Convention autres que les articles 1 à 3, comme signifiant que cette autorisation n'entraînait pas l'obligation pour les autres parties de les accepter parce qu'elles n'étaient pas « déterminées ». Il en résulte aussi que les réserves formulées en vertu d'une clause de réserves indéterminées, c'est-à-dire qui ne précise pas quelles réserves sont autorisées, sont incontestablement soumises au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité.

87. Pour toutes ces raisons, il est très important que la Commission tente de définir dans le projet de directive 3.1.2 ce que le mot « déterminées » signifie, ce qui n'est d'ailleurs pas très facile. Le Rapporteur spécial indique qu'il a essayé de le faire, en tentant d'éviter aussi bien un laxisme trop grand, car il faut que le mot « déterminées » signifie quelque chose, ou une sévérité excessive, parce qu'il ne faut pas que l'alinéa *b* soit privé de tout effet pratique du fait d'une définition trop étroite de l'expression qui, finalement, reviendrait à assimiler « réserve déterminée » à « réserve négociée », c'est-à-dire dont le contenu est prévu à l'avance par le traité à la suite

[7] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), 70e séance, par. 16, p. 452, voir aussi, ibid., *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), document A/CONF.39/14, p. 145.

2855e SÉANCE

Jeudi 21 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Melescanu, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États (*suite*) [A/CN.4/549, sect. C, et A/CN.4/557]

[Point 5 de l'ordre du jour]

HUITIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. M. ECONOMIDES, déplorant que la Commission soit toujours dans une impasse malgré les efforts inlassables du Rapporteur spécial et du Groupe de travail, pense qu'elle le doit au fait qu'elle n'a pas encore été en mesure de définir les actes unilatéraux qui font l'objet de ses travaux. Elle s'est occupée jusqu'à présent de tout acte unilatéral pouvant produire des effets de droit sur le plan international, acception extrêmement large qui rend le sujet impossible à traiter, car tout acte unilatéral peut produire différents types d'effets juridiques. Pour sortir de cette impasse, elle doit centrer ses travaux sur l'acte unilatéral autonome créant des obligations juridiques internationales, positives ou négatives, à la charge de l'État auteur de l'acte et au bénéfice d'un autre État, de plusieurs États, d'autres sujets de droit international ou de la communauté internationale dans son ensemble. Au contraire, l'acte unilatéral non autonome, dépendant, intervenant dans le cadre de l'exécution d'un traité, de l'application d'une coutume ou de la décision d'une organisation internationale, ne doit pas l'intéresser. Ces actes qui, selon l'expression de M. Kamto, sont accomplis sur habilitation d'une norme existante du droit international, sont déjà réglementés: ceux qui se situent dans le domaine conventionnel, par la Convention de Vienne de 1969, ceux qui se situent dans le domaine du droit coutumier, par le droit coutumier lui-même, et ceux qui concernent les décisions d'une organisation internationale, par l'acte constitutif de l'organisation.

2. La Commission doit donc mettre un peu d'ordre dans ses travaux pour pouvoir avancer. Ce qui doit l'intéresser, au moins dans une première phase, est l'acte unilatéral de l'État en tant que source du droit international, produisant des obligations au même titre que les traités, les coutumes et les actes institutionnels obligatoires. La notion d'obligation juridique internationale, et non pas celle des effets juridiques internationaux, doit par conséquent constituer le critère à retenir. Or, l'acte unilatéral en tant que source d'obligations juridiques a déjà été défini par la CIJ, dans

les affaires des *Essais nucléaires* et dans celle du *Différend frontalier (Burkina Faso/République du Mali)*.

3. Pour M. Economides, il ne faut épargner aucun effort pour adopter en première lecture, à la session en cours, une définition restrictive de l'acte unilatéral en tant que source du droit international et la soumettre à la Sixième Commission. Cela constituerait un progrès important et faciliterait grandement les travaux à la prochaine session.

4. M. MATHESON remercie le Rapporteur spécial d'avoir examiné dans son rapport plusieurs exemples importants de la pratique des États qui relèvent directement du sujet à l'examen. C'est précisément le type de document dont la Commission a besoin pour saisir la complexité du droit relatif aux actes unilatéraux. Bien entendu, M. Pellet mérite aussi d'être félicité pour la manière dont il a orchestré ces efforts.

5. Comme plusieurs membres l'ont déjà constaté, la conclusion la plus évidente à tirer des exemples cités dans le rapport est que les actes unilatéraux présentent une très grande diversité, que ce soit du point de vue de la forme ou du fond, du langage employé ou de leurs buts ou effets. Tout dépend donc du contexte dans lequel ils s'inscrivent. Il s'ensuit qu'il serait très difficile d'élaborer des règles cohérentes applicables à tous les types d'actes unilatéraux.

6. L'autre conclusion qui s'impose est que l'intention de l'État auteur de l'acte est un facteur déterminant: les conséquences diffèrent selon que l'État auteur souhaite que l'acte ait des conséquences juridiques ou entend lui donner une portée exclusivement politique. Par exemple, il est clair que les États dotés de l'arme nucléaire qui ont donné des assurances aux autres États en 1995[1] n'entendaient pas être juridiquement liés, et leurs interlocuteurs semblent l'avoir assez facilement compris. Ces assurances n'étaient donc pas contraignantes. En revanche, dans d'autres cas cités dans le rapport, les États concernés souhaitaient manifestement que leurs déclarations produisent des effets juridiques. Quelle que soit la forme finale des travaux de la Commission, le facteur décisif de l'intention doit donc y occuper une place centrale.

7. On a dit que la forme des déclarations unilatérales avait peu d'importance s'agissant d'évaluer leurs effets juridiques. M. Matheson pense que ce n'est pas toujours exact, comme l'illustrent plusieurs exemples. La Proclamation Truman de 1945 [par. 127 à 137 du rapport], la note colombienne de 1952 [par. 13 à 35], la déclaration jordanienne de 1988 [par. 44 à 54] et la protestation russe de 1994 [par. 84 à 105] indiquaient toutes par leur forme que leurs auteurs entendaient leur faire produire des effets juridiques et qu'ils s'attendaient raisonnablement à ce que leurs interlocuteurs en aient la même opinion. Par contraste, la forme des assurances données en 1995 par les États dotés de l'arme nucléaire ainsi que le langage qui y était employé visaient délibérément à faire comprendre qu'elles étaient de nature politique plutôt que juridique, et c'est bien la manière dont elles ont été interprétées.

8. Différents avis ont été exprimés à propos de la mesure dans laquelle les effets juridiques d'une déclaration unilatérale sont déterminés par les réactions des interlocuteurs. M. Matheson pense que, là aussi, il est difficile de tirer une conclusion générale. Dans certains cas, les réactions des autres États n'ont peu ou pas d'importance tandis que dans d'autres elles en ont beaucoup. Par exemple, la déclaration jordanienne de 1988 a rendu effectif le renoncement de la Jordanie à la Cisjordanie sans que les autres États n'aient à y acquiescer, mais pour qu'elle en vienne à promouvoir les revendications des Palestiniens sur ce même territoire, la réaction des autres États a sans doute été décisive.

9. Compte tenu de ces difficultés, M. Matheson estime que, plutôt qu'un projet d'articles énonçant des règles relatives aux actes unilatéraux, la Commission devrait élaborer une étude sous forme d'exposé ou un rapport concis qui orienterait utilement les États, comme M. Candioti l'a suggéré. Il s'agirait non pas de parvenir à des conclusions sans appel, ce qui n'est ni possible ni souhaitable, mais de passer en revue les différents facteurs en fonction desquels un acte unilatéral produit ou non des effets juridiques. Ces facteurs seraient essentiellement ceux que le Groupe de travail a énumérés à la session précédente[2] en vue des études de cas qui ont à présent été réalisées.

10. En tout état de cause, la Commission devrait achever ce projet à la prochaine session, au moins sous une forme préliminaire, ce qui lui permettrait de compléter la liste des réalisations du quinquennat en cours. Si elle persiste à vouloir élaborer des articles, des règles et des définitions, elle atteindra la fin du quinquennat sans résultat concret sur le sujet, et sans grandes chances d'en obtenir dans un proche avenir, en ayant gaspillé le temps qu'elle a consacré à ces travaux et les efforts que le Rapporteur spécial a consentis pour les faire progresser.

11. M. DAOUDI dit que le huitième rapport du Rapporteur spécial confirme que le sujet se prête à la codification. En effet, l'analyse des cas sélectionnés par le Groupe de travail à l'aide de la méthode qu'il avait adoptée démontre qu'il est possible de tirer des enseignements qui pourraient servir de base à des projets d'articles sur les différents aspects du sujet. Cette méthode entérinée par la Commission n'est pas déductive mais bien inductive: elle part de l'analyse de la pratique étatique en matière d'actes unilatéraux pour aboutir à l'établissement de dénominateurs communs qui constituent les principes de l'acte juridique unilatéral en droit international public.

12. M. Daoudi fait observer que si personne ne conteste les particularités qui distinguent les actes juridiques unilatéraux des traités internationaux et ne nie la différence entre leurs régimes juridiques respectifs, cette différence n'empêche pas d'utiliser la Convention de Vienne de 1969 comme cadre de référence.

13. Au paragraphe 170 de son rapport, le Rapporteur spécial constate que la forme n'est pas une considération

[1] Voir les déclarations de la Fédération de Russie (S/1995/261), du Royaume-Uni (S/1995/262), des États-Unis (S/1995/263), de la France (S/1995/264) et de la Chine (S/1995/265) sur les garanties de sécurité données aux États non dotés d'armes nucléaires qui sont parties au Traité de non-prolifération des armes nucléaires.

[2] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), par. 247.

vraiment décisive quand il s'agit de déterminer si l'on est en présence d'un acte juridique unilatéral au sens où l'entend la Commission, ce qui fait ressortir la différence avec le traité international. Ce dernier se distingue, du moins selon la Convention de Vienne de 1969, comme étant un acte écrit conclu suivant une procédure déterminée. Il permet donc de déterminer plus sûrement les droits et obligations des États, tandis que l'acte unilatéral, qui peut prendre la forme d'une simple déclaration verbale, d'un ou de plusieurs documents écrits, voire d'un comportement, peut créer une incertitude quant à l'intention de son auteur de s'engager sur le plan international.

14. M. Daoudi signale dans ce contexte que la Convention de Vienne laisse de côté, sans nier leur existence ni contester leur importance, des accords verbaux qui n'ont pas l'aspect formel d'un traité international mais posent le problème de la preuve de leur existence de la même façon qu'un acte unilatéral non écrit.

15. Qu'il s'agisse des actes juridiques unilatéraux ou des accords verbaux, ce qu'il importe de rechercher, c'est l'intention de s'engager, la forme éventuellement et toutes les circonstances qui ont entouré la formulation, étant entendu que l'absence du critère de la forme n'affecte en rien l'intention.

16. Aux paragraphes 171 et 172 de son rapport, le Rapporteur spécial limite le champ de l'étude aux actes unilatéraux étatiques et tire la conclusion que tout État a la capacité de s'engager dans la sphère internationale par des actes unilatéraux. En effet, le droit international ne contient aucune règle interdisant à un État d'exprimer sa volonté de s'engager unilatéralement, et ce même droit attache des effets juridiques à toute manifestation unilatérale de volonté d'un État visant à s'obliger vis-à-vis d'autres sujets de droit international. C'est donc avec juste raison que le Rapporteur spécial suggère de transposer l'article 6 de la Convention de Vienne de 1969 pour l'appliquer à la capacité des États de formuler des actes juridiques unilatéraux.

17. La compétence des organes de l'État de l'engager par des actes unilatéraux et la conformité de leur comportement avec l'ordre juridique interne sont des sujets délicats. La prudence exige de leur appliquer les règles pertinentes de la Convention de Vienne de 1969, en tenant compte du fait que le problème de l'inconstitutionnalité se pose différemment pour les traités.

18. L'essence même de l'acte juridique unilatéral est de produire ses effets dès sa formulation par son auteur, puisqu'il n'a pas besoin d'être accepté par son destinataire. Le Rapporteur spécial semble le confirmer aux paragraphes 195 et 196 de son rapport, mais l'on gagnerait à le vérifier davantage pour les autres actes unilatéraux relevés dans ses précédents rapports et qui n'ont pas été analysés dans le huitième rapport[3].

19. M. Daoudi ajoute que les opinions exprimées par les membres de la Commission sur la possibilité de codifier le sujet des actes unilatéraux démontrent la persistance d'un clivage qui freine la progression du débat. Certes, aucun membre ne conteste l'existence des actes unilatéraux, mais certains doutent fortement du succès de l'entreprise. Or, si les travaux de la Commission n'aboutissent pas, les États pourront agir comme bon leur semblera. La codification du sujet est le gage de la sécurité des relations juridiques internationales, car les États ont besoin de savoir quels actes sont susceptibles de produire des effets de droit et les engagent vis-à-vis d'autres sujets de droit international. Quelle que soit la forme que prendra le document final de la Commission, il aura le mérite de leur éviter de se trouver engagés par des actes unilatéraux sans le vouloir.

20. M. Daoudi estime que la Commission doit cesser de tergiverser et adopter une attitude constructive. Il est grand temps que le Rapporteur spécial propose des projets d'articles sur la capacité des États de formuler des actes unilatéraux et sur la compétence de leurs organes ainsi que sur d'autres aspects du sujet.

21. M. ECONOMIDES pense qu'il serait difficile de commencer le travail par l'examen de la capacité de l'État et par la définition de l'acte unilatéral, ce pour des raisons essentiellement politiques. En effet, il faut en premier lieu donner confiance aux États et, pour cela, il faut commencer par étudier les conditions qui doivent être réunies pour qu'ils soient engagés. Le thème prioritaire doit donc être l'intention de l'État de contracter, par un acte unilatéral, des obligations juridiques. Bien entendu, l'acte en question doit être extrêmement clair, non équivoque, incontestable, pour que l'État soit engagé. En cas de doute sur l'intention de l'État, il convient d'appliquer la méthode de l'interprétation restrictive pour préserver ses intérêts.

22. La deuxième question à traiter est celle de la révocabilité de l'acte. M. Economides est d'avis que tout acte unilatéral peut être librement révoqué par son auteur, avec deux exceptions, à savoir les cas où l'acte unilatéral prévoit lui-même qu'il ne pourra être révoqué et ceux où l'acte unilatéral, ayant été accepté par son destinataire, se transforme en un acte conventionnel, qui relève alors du droit des traités.

23. M. Sreenivasa RAO fait observer que les actes unilatéraux sont une pratique extrêmement courante des ministères des affaires étrangères des États et qu'ils revêtent donc une grande importance dans les relations internationales. C'est ce qui explique l'intérêt du sujet non seulement pour les milieux universitaires mais aussi pour les praticiens du droit international et pour les États eux-mêmes. De même, il est fréquent que, lorsque des ministres se rencontrent, ils fassent des déclarations conjointes, qu'en cas de catastrophe naturelle des offres d'assistance soient formulées, ou que des États proposent leur aide à une organisation internationale pour favoriser ses objectifs, par exemple en matière de maintien de la paix; mais la plupart du temps, des accords écrits sont signés et de telles déclarations ou offres ne relèvent pas non plus du sujet.

[3] Voir *Annuaire… 1998*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/486, *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/500 et Add.1, *Annuaire… 2000*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/505, *Annuaire… 2001*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/519, *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/525 et Add.1 et 2, *Annuaire… 2003*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/534, et *Annuaire… 2004*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/542.

24. Le rapport à l'examen donne aussi de nombreux exemples de notes de protestation, qui visent à préserver des droits, à tout le moins dans le cadre de revendications concurrentes, et à empêcher l'autre partie de consolider ses prétentions.

25. Depuis le départ le Rapporteur spécial insiste sur l'« autonomie » des actes unilatéraux, un terme qui renvoie à la « doctrine française ». Est autonome un acte unilatéral qui n'impose pas d'obligations à d'autres États ou ne les oblige pas à accomplir certains actes pour produire pleinement ses effets, et dont les effets ne dépendent pas de certains facteurs.

26. Les nombreux exemples donnés dans le rapport à l'examen sont très utiles et il faut être reconnaissant aux membres de la Commission qui les ont fournis, ainsi qu'au Président du Groupe de travail et aux membres de celui-ci qui ont su les conceptualiser. M^me^ Escarameia a fait observer que le Rapporteur spécial aurait pu consacrer davantage de place à l'examen de ces exemples et des conclusions qu'on peut en tirer. Certes, mais pour M. Rao il incombe maintenant, après sept années de travaux, aux membres de la Commission eux-mêmes d'apporter leur contribution à l'étude entreprise par le Rapporteur spécial. Le moment est venu de mettre fin aux débats doctrinaux et d'élaborer un cadre modeste sur la base des résultats du travail accompli depuis l'inscription du sujet à l'ordre du jour, sous la forme d'une déclaration adressée à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, ainsi que l'a suggéré M. Candioti. La Commission doit élaborer collectivement un document exposant les conclusions que l'on peut tirer des exemples d'actes unilatéraux examinés dans le huitième rapport du Rapporteur spécial et dans les rapports précédents, et ces conclusions pourraient être les suivantes.

27. Les actes unilatéraux sont de nature très diverse et il est difficile de les classer dans des catégories. L'étude devrait être axée sur les actes autonomes, les « actes juridiques » pour reprendre une expression de la doctrine française, ayant des effets juridiques sans que d'autres États aient à faire quoi que ce soit. Entreraient dans cette définition la reconnaissance d'États ou de gouvernements, les offres inconditionnelles d'aide ou d'assistance, les renonciations à des revendications, prétentions ou titres territoriaux, les engagements de s'abstenir de faire quelque chose et la renonciation à des droits établis en droit international. De tels actes ont des effets juridiques lorsqu'ils ont pour auteur des personnes ayant l'autorité voulue et autorisées à les formuler, la notion d'autorisation étant à cet égard particulièrement importante. Pourraient aussi être étudiés les actes unilatéraux qui ne sont pas strictement autonomes mais donnent naissance à des obligations et à des droits au plan international. Il s'agit par exemple des actes unilatéraux qui créent des droits et obligations lorsqu'ils sont associés à d'autres actes unilatéraux de caractère similaire qui interviennent ultérieurement. Qu'il s'agisse d'actes pleinement ou partiellement autonomes, leur validité et leurs effets juridiques ainsi que l'engagement international qui en découle dépendront de divers facteurs, notamment des pouvoirs de leurs auteurs, de l'autorisation qu'ils ont ou sont présumés avoir de les formuler, de la forme et du contenu de la déclaration, de la nature de l'acte, de son objectif, des conditions qui lui sont associées, de son contexte, de la réaction des États destinataires ou directement affectés et des obligations internationales, découlant par exemple de normes impératives, qui sont en jeu. Bien entendu, tous ces facteurs peuvent n'être pas pertinents dans tous les cas.

28. Le PRÉSIDENT, intervenant en sa qualité de membre de la Commission, dit qu'il voudrait faire deux observations. D'une part, il lui semble que, concernant l'engagement de l'Inde de ne pas se doter d'armes nucléaires, il vaudrait mieux parler d'offre. Tant que les États destinataires ne l'avaient pas acceptée, l'Inde était libre de revenir sur son offre. En revanche, une fois acceptée, l'offre serait devenue irrévocable.

29. D'autre part, en ce qui concerne la Proclamation Truman, M. Momtaz ne pense pas qu'un acte unilatéral puisse créer *ipso facto*, *ab initio*, des droits pour l'État auteur. La Proclamation Truman n'a pas rencontré d'opposition et un certain nombre d'États ont même inclus des dispositions de cette déclaration dans leur législation nationale, ce qui n'a pas été le cas d'autres actes comme ceux par lesquels le Chili ou le Pérou ont créé des mers territoriales larges de 200 milles marins[4] et qui ont suscité l'opposition des États intéressés.

30. M. PELLET dit qu'il intervient pour faire une mise au point terminologique au sujet d'expressions qui sont couramment utilisées par la doctrine francophone. Il précise tout d'abord que, d'une part, les actes peuvent être autonomes ou non autonomes et, d'autre part, ils peuvent être autonormateurs ou hétéronormateurs.

31. Pour qu'un acte unilatéral soit autonome, il doit être pris sans aucune espèce de fondement juridique spécifique préexistant. Ainsi, lorsque Truman a fait ses proclamations en 1945, aucune règle de droit international n'autorisait les États-Unis à revendiquer une zone de pêche ou un plateau continental. De même, lorsque la France a renoncé à ses essais nucléaires atmosphériques en 1973, elle l'a fait de façon autonome. En revanche, quand un État fixe à 12 milles marins la largeur de sa mer territoriale, il ne s'agit pas d'un acte unilatéral autonome, parce qu'il existe une règle de droit international selon laquelle les États peuvent agir unilatéralement dans ce domaine.

32. Le caractère autonormateur d'un acte signifie simplement que son auteur s'impose des obligations à lui-même: ainsi, l'État qui s'engage à ne pas procéder à des essais nucléaires n'impose aucune obligation aux autres États. Au contraire, l'acte hétéronormateur impose ou vise à imposer des obligations aux autres États. C'est le cas des actes par lesquels les États fixent la largeur de leur mer territoriale à 12 milles marins.

33. Revenant à l'exemple de l'engagement de l'Inde dont le Président a fait observer qu'il s'agissait d'une offre, M. Pellet estime que, pour que ce soit le cas, il aurait fallu que l'engagement en question soit conditionnel. Si l'Inde s'était engagée à ne pas recourir à l'arme nucléaire à condition que le Canada lui fournisse les techniques

[4] Pour la déclaration présidentielle chilienne du 23 juin 1947 et le décret présidentiel du Pérou du 1^er^ août 1947, voir *Laws and Regulations on the Regime of the High Seas*, vol. I (ST/LEG/SER.B/1) [publication des Nations Unies, numéro de vente: 1951.V.2], p. 6 et 16.

dont elle avait besoin, on aurait eu affaire à une offre. Mais si l'Inde s'est contentée de déclarer qu'elle renonçait aux armes nucléaires, sans autre précision, elle aurait pris un engagement et, déçue que le Canada ne lui ait pas accordé les avantages escomptés, elle est revenue sur cet engagement.

34. Selon M. Pellet, il n'est pas sûr que l'on ait eu affaire à une offre et il n'est pas sûr qu'un État puisse revenir sur ce qu'il a déclaré. Il voudrait donc, en sa qualité de Président du Groupe de travail, demander à M. Sreenivasa Rao de réaliser une étude sommaire sur l'engagement indien. Une telle étude compléterait utilement l'échantillonnage dont dispose la Commission en ce qui concerne un point fondamental, celui de la révocabilité des actes unilatéraux.

35. Pour conclure, M. Pellet dit se réjouir de voir se dessiner un frémissement de consensus autour de la proposition de M. Candioti. Pour sa part, il est prêt à accepter que la Commission, tout en se réservant la possibilité d'une codification plus précise, s'attache pour l'heure à adopter des conclusions préliminaires. Il précise toutefois que, s'il souscrit à la méthode proposée par M. Candioti, il est beaucoup moins convaincu par des exemples donnés, qui mêlent des actes unilatéraux proprement dits à des actes qui relèvent du comportement de l'État et qui mettent en jeu une autre problématique.

36. M. CANDIOTI rappelle avoir déjà critiqué le terme « autonome » dans le cadre de l'étude des actes unilatéraux, car l'utilisation de ce terme ne peut qu'ajouter à la confusion. À son avis, la Proclamation Truman et les déclarations françaises concernant les essais nucléaires ne sont pas des actes autonomes parce qu'ils se fondent sur des règles de droit, dont, en particulier, le principe de la souveraineté de l'État. M. Candioti est donc opposé à l'utilisation du terme « autonome » car elle ne fait qu'obscurcir le débat.

37. M. CHEE indique que l'expression « autonome » ne figure pas dans la doctrine anglaise. Il relève tout d'abord que, dans la Proclamation Truman de 1945, le texte précise que les États-Unis ont des droits *ab initio.* Il relève également l'utilisation du terme « opportunisme ». À son sens, ces deux éléments ont contribué à étendre la conception du plateau continental. Il convient de rappeler qu'en 1945 aucun autre pays n'avait les capacités voulues pour exploiter le plateau continental. Par la suite, d'autres déclarations sont venues se greffer sur la Proclamation Truman, qui ont fini par se cristalliser et donner naissance au droit de la mer.

38. M. ECONOMIDES, répondant à M. Candioti, précise que le terme « autonome » se rapporte aux fondements de l'action, à la justification juridique de l'acte, qui peut être fondée sur les traités, sur le droit coutumier ou encore sur la demande d'un organisme international. Tous les actes qui ont une telle justification juridique ne sont pas autonomes. En revanche, si l'État pose un acte autonormateur pour assumer une obligation juridique sans autre source que sa volonté, on a affaire à un acte autonome.

39. M. DUGARD dit que, comme les rapports qui l'ont précédé, le huitième rapport consacré aux actes unilatéraux des États met en relief les difficultés inhérentes au sujet mais aussi son importance. Le Rapporteur spécial a examiné, avec l'aide de plusieurs collègues, certains actes unilatéraux qui ont appelé l'attention des tribunaux internationaux, des gouvernements et des auteurs. Les études réalisées portent sur la nature et les conséquences des actes unilatéraux, sur les formes prescrites, sur les personnes qui sont habilitées à les formuler et sur la relation avec le régime de Vienne. Certains auteurs voient même dans les actes unilatéraux une nouvelle source de droit international.

40. M. Dugard cite l'exemple récent d'une affaire portée devant la CIJ par la République démocratique du Congo contre le Rwanda [*Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête 2002)*]. Selon la République démocratique du Congo, la CIJ est compétente en vertu de la Convention sur le génocide. Le Rwanda a fait valoir qu'il avait formulé une réserve à ce sujet, ce à quoi la République démocratique du Congo a répondu que la Ministre rwandaise des affaires étrangères avait annoncé le retrait de ladite réserve. Cet exemple montre que les actes unilatéraux existent bel et bien en droit international et qu'ils sont incontournables. Il se peut que leur codification soit difficile, mais au moins la Commission devrait-elle s'engager dans un exercice de développement progressif du droit international. Elle se doit de le faire car les États ont besoin d'orientations.

41. De l'avis de M. Dugard, le débat qui a eu lieu entre plusieurs membres de la Commission portait davantage sur les fonctions de la Commission que sur les actes unilatéraux. À ce propos, il n'est pas du tout d'accord avec la position de M. Brownlie. Il répète que les actes unilatéraux sont un sujet important et que, si elle acceptait l'échec, la Commission faillirait à son devoir. Cela étant, il ne pense pas qu'il sera possible de finir en 2006, comme l'a proposé M. Candioti. Il ne suffit pas en effet que la Commission parvienne à une définition des actes unilatéraux, elle doit aussi recenser les conséquences que peuvent avoir de tels actes.

42. M. KATEKA dit qu'il a du mal à croire que la Commission soit toujours en train de s'interroger sur l'existence d'actes unilatéraux. De profondes divergences de vues théoriques et idéologiques opposent les membres de la Commission quant à la définition des actes unilatéraux et à la portée de l'étude. Le débat de la veille et du jour même a fait apparaître que certains membres voyaient dans la notion d'autonomie le fondement même de l'étude, tandis que d'autres niaient jusqu'à l'existence d'une telle notion. La question de la capacité de formuler et de révoquer les actes unilatéraux et des procédures constitutionnelles qui entrent en jeu a elle aussi prêté à controverse, de même que la question du seuil du mécanisme de déclenchement.

43. À ce rythme, il est à craindre que la Commission ne doive passer 10 autres années sur le sujet. Dès lors, il serait sans doute judicieux qu'elle se range à la proposition de M. Candioti.

44. Dans le rapport de cette année, où il a examiné 11 cas selon les directives du Groupe de travail, le Rapporteur spécial s'est attaché à différencier les actes unilatéraux de nature juridique et les actes unilatéraux qui ne produisent pas d'effets juridiques, sans que la distinction soit toujours très claire.

45. Par exemple, concernant la note de la Colombie datée du 22 novembre 1952, le Rapporteur spécial écrit qu'elle a produit des effets à partir du moment où elle a été produite puis, dans le même paragraphe, il dit qu'elle n'a produit des effets qu'au moment où son destinataire (le Venezuela) l'a reçue. Selon un troisième scénario, la note n'a commencé à produire ses effets qu'une fois que son destinataire en a accusé réception. Selon M. Kateka, il s'agit d'un exemple typique d'échange de notes qui a débouché sur la conclusion d'un accord bilatéral entre la Colombie et le Venezuela. Dans le même ordre d'idées, M. Kateka ne voit pas très bien comment les échanges de notes entre Cuba et l'Uruguay concernant la fourniture de vaccins font avancer l'étude sur les actes unilatéraux. Par contre, la renonciation de la Jordanie à toute prétention territoriale sur la Cisjordanie présente un intérêt juridique et devrait être examinée plus en détail. C'est également le cas de la déclaration de l'Égypte en date du 24 avril 1957 concernant la Convention de 1888 destinée à garantir le libre usage du canal maritime de Suez. Incidemment, M. Kateka s'étonne que cette déclaration ait été publiée dans le *Recueil des Traités* des Nations Unies[5]. Or, les actes unilatéraux ne devraient être ni enregistrés ni publiés par l'ONU parce qu'il ne s'agit pas de traités au sens de l'Article 102 de la Charte des Nations Unies.

46. Le commentaire du Rapporteur spécial relatif à la déclaration de l'Égypte incite M. Kateka à préciser qu'un traité multilatéral ne saurait être abrogé par une des parties qui se proposerait de le remplacer par une déclaration unilatérale. Une partie à un traité multilatéral peut certes s'en retirer, mais ce serait ôter tout leur sens à des principes du droit des traités tels que la bonne foi et *pacta sunt servanda* que de considérer qu'une partie puisse annuler unilatéralement un traité multilatéral.

47. En ce qui concerne les exemples relatifs à ce qu'on appelle les garanties de sécurité données par les États dotés de l'arme nucléaire à ceux qui n'en sont pas dotés, il convient de rappeler que le Rapporteur spécial en a déjà traité dans son deuxième rapport et qu'il s'agit d'actes qui ont valeur de propagande et qui ont donc un caractère politique sans aucun contenu juridique[6].

48. La Déclaration d'Ihlen et la Proclamation Truman sont des actes unilatéraux au sens strict. En particulier, la Proclamation Truman a eu une grande influence sur le développement du droit de la mer. Le Rapporteur spécial devrait étudier ces exemples de plus près, de même que le comportement de la Thaïlande et du Cambodge dans le cadre de l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*.

49. Pour conclure, M. Kateka considère que la Commission devrait s'efforcer d'adopter des principes généraux sur les actes unilatéraux qui puissent guider les États et d'achever l'examen du sujet en 2006.

50. M. CHEE fait observer que la Commission examine le sujet des actes unilatéraux des États depuis longtemps et que l'heure est venue pour elle d'achever ses travaux et d'adopter des principes directeurs ou une convention.

51. Chacun s'accorde désormais à reconnaître que les actes unilatéraux sont une source d'obligations internationales, qui vient s'ajouter aux autres sources de droit international général énumérées à l'article 38 du Statut de la CIJ. M. Chee rappelle que les actes unilatéraux ont fait l'objet de plusieurs études approfondies. Éric Suy, par exemple, les a classés en cinq catégories: *a*) la protestation; *b*) la notification; *c*) la promesse; *d*) la renonciation; et *e*) la reconnaissance[7]. Jennings et Watts les classent quant à eux en quatre catégories: *a*) la déclaration; *b*) la notification; *c*) la protestation; et *d*) la renonciation[8], de même que Antonio Cassese, qui les classe en *a*) protestation; *b*) renonciation; *c*) notification; et *d*) promesse[9]. Jennings et Watts donnent en outre une définition des actes unilatéraux: « Des actes qui sont le fait d'un seul État mais qui ont néanmoins des effets sur la position juridique d'autres États, en particulier mais non exclusivement, dans leurs rapports avec l'État auteur.» Ils poursuivent en indiquant qu'« il existe d'autres types d'actes unilatéraux, qui sont traités séparément. Il s'agit de la reconnaissance, de l'octroi de la nationalité, de certains actes en rapport avec la conclusion de traités tels que la signature, l'accession, l'approbation, la ratification, ainsi que la formulation de réserves. L'acte unilatéral peut donc prendre la forme d'un comportement de l'État et ne doit pas avoir une forme prescrite ou être accompagné par un document écrit »[10].

52. Georg Schwarzenberger a recensé trois types d'actes unilatéraux: *a*) ceux qui peuvent produire des effets juridiques conformes à leur intention; *b*) ceux qui peuvent produire des effets juridiques contraires à leur intention; *c*) ceux qui n'ont aucun effet du point de vue du droit international. Il les a aussi classés en six catégories: la reconnaissance, la réserve, la notification, l'acquiescement, la renonciation et la protestation. Il concluait son étude en faisant observer que des actes unilatéraux en étaient venus à être régis par la règle du *IUS aequum* et, en particulier, par les règles qui sous-tendent le principe de la bonne foi[11].

53. Wilfried Fiedler classe quant à lui les actes unilatéraux de l'État en six catégories: la reconnaissance, la protestation, la renonciation, la notification, l'acquiescement et la révocation[12]. Le Rapporteur spécial définit l'acte unilatéral comme « un acte qui peut produire des effets juridiques par lui-même sans qu'il ait à être accepté ni que soit nécessaire quelque autre réaction de son destinataire »

---

[5] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 265, nº 3821, p. 299.

[6] Voir *Annuaire… 1999*, vol. II (1re partie), document A/CN.4/500 et Add.1, par. 23, note 11. Voir également le septième rapport du Rapporteur spécial, *Annuaire…* 2004, vol. II (1re partie), document A/CN.4/542, par. 34 à 47.

[7] *Les actes juridiques unilatéraux en droit international public*, Paris, LGDJ, 1962.

[8] *Oppenheim's International Law*, vol. I, 9e éd., 1992, Harlow, Longman, p. 592 à 595.

[9] *International Law*, Oxford University Press, 2001, p. 150.

[10] Jennings et Watts, op. cit., p. 1188.

[11] *International Law: International Law as Applied by International Courts and Tribunals*, vol. I, Londres, Stevens and Sons, 1957, p. 548-550.

[12] « Unilateral acts in international law », *in* R. Bernhardt, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. IV, Amsterdam, Elsevier, 2000, p. 1018 à 1022.

(par. 170), ce qui rejoint la définition de Jennings et Watts. La Commission pourrait retenir cette formule, tout en traitant séparément les autres types d'actes unilatéraux. Il convient en outre d'associer les comportements des États aux actes unilatéraux car ils sont souvent interdépendants dans leurs effets juridiques.

54. À propos du débat qui l'a opposé à M. Brownlie sur les conclusions à tirer de l'*Affaire des pêcheries*, M. Chee dit qu'un passage de l'arrêt démontre l'acquiescement évident du Royaume-Uni à l'acte de la Norvège concernant l'utilisation des lignes de base: la CIJ a en effet conclu que « la Norvège a[vait] pu avancer, sans être contredite, que la promulgation de ses décrets de délimitation en 1869 et en 1889 ainsi que leur application [n'avaient] soulevé, de la part des États étrangers, aucune opposition […] La tolérance générale des États étrangers à l'égard de la pratique norvégienne [était] un fait incontesté. Durant une période de plus de soixante ans le Gouvernement du Royaume-Uni lui-même n'a[vait] élevé aucune contestation à ce sujet ». [p. 138 de l'arrêt]

55. M. MANSFIELD déclare qu'il n'était guère optimiste quant au résultat des travaux de la Commission sur les actes unilatéraux, mais qu'à la lumière des débats il commence à penser qu'elle pourra malgré tout les achever. Les exemples étudiés par le Rapporteur spécial et le Groupe de travail sont très utiles. Ils sont surtout très variés et illustrent bien le point essentiel, à savoir que les actes unilatéraux peuvent produire des effets juridiques et lier un État sans qu'il l'ait voulu. Cela pose deux principes d'intérêt général: d'une part, il est souhaitable que les États puissent continuer à faire des déclarations politiques ou agir en faveur de la paix et de la sécurité internationales sans craindre de se retrouver liés juridiquement; d'autre part, il est important qu'ils ne fassent pas de déclarations ou d'actions sur lesquelles d'autres États pourraient raisonnablement se fonder, sauf à agir de bonne foi et s'en tenir à ces déclarations ou actions.

56. Comme l'a très justement souligné M. Candioti la veille, il est vain de chercher à s'entendre sur des définitions ou des règles comparables à celles de la Convention de Vienne de 1969. Il vaut mieux essayer d'élaborer, sur la base des cas étudiés, et en des termes suffisamment larges, des directives qui permettraient aux États de savoir en fonction de quels facteurs un acte unilatéral peut ou non produire des effets juridiques. Cela semble un objectif utile et raisonnable pour les cinq années à venir.

57. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer les débats et à présenter les conclusions qui s'imposent.

58. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) remercie les membres de la Commission pour leurs précieux commentaires concernant son huitième rapport sur les actes unilatéraux de l'État. Il relève tout d'abord que tous conviennent de l'existence de ces actes, même s'il est difficile de les identifier et si pour certains ils ne méritent pas d'être codifiés. Tous les actes de l'État ne l'engagent pas juridiquement; un certain nombre d'éléments permettent d'établir s'il s'agit d'un acte unilatéral produisant des effets juridiques, notamment la compétence et la capacité de l'auteur, son intention, le contexte, les circonstances, la réaction du destinataire ou de tiers, le comportement ultérieur de l'État, etc. Un acte unilatéral peut être involontaire; on a vu ainsi dans l'affaire des *Essais nucléaires* que, même si la France considérait ses déclarations comme non contraignantes, la CIJ a estimé que le Gouvernement avait pris un engagement en les formulant et devait se comporter en conséquence.

59. Certains actes unilatéraux, comme les réserves ou les déclarations interprétatives, relèvent du domaine conventionnel et sont déjà réglementés à ce titre par le droit des traités. Ils ont donc été exclus des travaux de la Commission. L'acte unilatéral se distingue de l'acte conventionnel en ce qu'il produit des effets juridiques dès sa formulation, et non à un moment décidé par les parties. Un membre de la Commission a recommandé d'examiner également les déclarations d'acceptation de compétence ainsi que les législations et les jurisprudences internes.

60. La tâche de la Commission est donc de définir les éléments qui caractérisent les actes unilatéraux susceptibles de produire des effets juridiques, et, pour commencer, d'élaborer une définition de ces actes. Cette question suscite nombre de controverses depuis le début des travaux, en 1997, et il faudra trouver un terrain d'entente. De même, certains estiment qu'il faut inclure les comportements des États, alors que d'autres les jugent sans rapport avec la question. Ces comportements ne peuvent toutefois être totalement ignorés, car ils produisent des effets juridiques incontestables, souvent similaires à ceux des actes unilatéraux. En tout état de cause, la définition retenue ne devra pas être trop précise. À cet égard, celle proposée par un membre de la Commission semble suffisamment souple: « un acte émanant de l'autorité d'un État qui produit des effets juridiques en droit international » [2853e séance, *supra*, par. 4].

61. Il ressort du débat que la Convention de Vienne de 1969 n'est pas transposable aux actes unilatéraux mais peut être une référence utile, notamment pour établir la compétence des auteurs d'actes unilatéraux, à condition toutefois d'en étendre les critères.

62. En ce qui concerne son huitième rapport, le Rapporteur spécial indique qu'il a volontairement limité ses conclusions car il lui semblait préférable que la Commission tire les siennes propres à l'issue du débat. Par ailleurs, certains membres ayant cru relever une contradiction à propos de la non-pertinence de la forme pour déterminer s'il s'agit d'un acte unilatéral, il précise qu'il distingue la forme du formalisme: une déclaration devant l'Assemblée générale des Nations Unies, par exemple, n'est en effet pas comparable à une déclaration à la presse.

63. Pour conclure, le Rapporteur spécial propose de poursuivre les travaux au sein du Groupe de travail en vue d'élaborer les lignes générales d'un nouveau rapport. En 2006, la Commission devrait être en mesure de présenter un document contenant des conclusions préliminaires, ou plutôt des orientations générales permettant aux États de savoir quand et comment ils risquent de s'engager juridiquement par la formulation d'un acte, et avec quelles conséquences en droit international.

64. M. Sreenivasa RAO dit que les exemples qui ont pu être tirés de son intervention ne l'ont été qu'en vue de soulever certaines questions théoriques et non dans

l'intention d'ouvrir un quelconque débat sur leur valeur intrinsèque.

65. Le PRÉSIDENT remercie le Rapporteur spécial de son résumé. Il pense que la Commission doit poursuivre ses travaux sur les actes unilatéraux des États et propose de demander au Groupe de travail, présidé par M. Pellet, d'analyser les éléments qui se sont dégagés des débats.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.

2856e SÉANCE

Vendredi 22 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Marri, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, Mme Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités (*suite**) [A/CN.4/549, sect. D, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, et A/CN.4/L.665]

[Point 6 de l'ordre du jour]

DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à commenter les sections A et B du dixième rapport du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités.

2. M. GAJA dit que le dixième rapport sur les réserves aux traités est une œuvre remarquable qui couvre une importante partie du sujet des réserves. L'analyse que fait M. Pellet est à de nombreux égards plus approfondie que celle qu'on peut trouver dans l'abondante doctrine en la matière.

3. Pour ce qui est de la terminologie, M. Gaja n'a pas d'objections quant au choix de termes proposés. En français, le terme « invalide » indique bien qu'une réserve n'a pas le caractère nécessaire pour atteindre le résultat visé par l'État qui la formule, à savoir, comme l'indique l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969, « exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à l'État [réservataire] ». Il faut toutefois bien préciser qu'outre qu'elle empêche la réserve de produire les effets visés par l'État qui la formule, l'invalidité affecte aussi la ratification ou l'acte équivalent que la réserve accompagne, et qui devrait en principe être aussi considéré comme invalide. Ce n'est que dans des cas exceptionnels que seule la réserve invalide pourrait être considérée comme nulle et non avenue. Si ce point n'est pas souligné, le terme « invalide » risque de donner à penser que la réserve peut être ignorée et que le traité est accepté *in toto*, ce qui n'est probablement pas ce que le Rapporteur spécial a à l'esprit.

4. En ce qui concerne le projet de directive 3.1 (par. 20 du rapport), M. Gaja préférerait qu'il indique les conditions de validité qui ont trait au contenu des réserves. Il n'est guère utile de reproduire intégralement le texte de l'article 19 de la Convention de Vienne dans le projet. Cet article traite aussi du moment où une réserve est faite, ce qui, comme le Rapporteur spécial l'a souligné, est superflu, cette question étant déjà traitée dans la définition (art. 2, par. 1 *d*). Si la répétition est dans une certaine mesure justifiée dans la Convention de Vienne, elle l'est moins dans les projets de directive: dans la Convention de Vienne, l'article 19 est le premier article portant sur les réserves, puisqu'il constitue la première disposition de la section qui leur est consacrée. Ainsi, il est peut-être utile de rappeler qu'il existe un problème temporel. À l'opposé, le projet de directive 3.1 est précédé par toute une partie relative à la procédure, qui envisage le problème temporel en détail, et il semble donc assez étrange d'y revenir à ce point du projet.

5. S'agissant du projet de directive 3.1.1 (par. 32), le titre contient le mot « expressément », qui ne figure pas à l'alinéa *a* de l'article 19 de la Convention de Vienne. Il est probablement inhabituel qu'un traité interdise implicitement la formulation de réserves dans d'autres cas que ceux envisagés à l'alinéa *b* de l'article 19. Toutefois, l'existence d'autres interdictions implicites ne peut être catégoriquement exclue. Ainsi, l'interdiction implicite énoncée à l'alinéa *b* n'est pas la seule, et certaines situations peuvent aussi survenir relevant de l'alinéa *a*. Pour citer un exemple, la Charte des Nations Unies ne contient pas de disposition sur les réserves, mais une interdiction implicite figure dans l'Article 4, qui exige des États voulant devenir Membres qu'ils acceptent les obligations énoncées dans la Charte. Ceci indique qu'une acceptation totale est requise et donc qu'aucune réserve ne peut être formulée. Le projet de directive 3.1.1 ne devrait donc pas se limiter aux interdictions expresses mais envisager aussi les interdictions implicites qui ne sont pas couvertes à l'alinéa *b*.

6. Du point de vue de la forme, l'expression « interdisant des réserves à des dispositions déterminées » dans le projet de directive 3.1.1 pourrait être mal interprétée comme signifiant qu'une interdiction concernant des dispositions déterminées invalide toutes les réserves. Il est clair que ce n'est pas ce que le Rapporteur spécial a à l'esprit. La réserve en question n'est pas interdite si elle ne figure pas dans la liste des réserves interdites. À l'évidence, le fait qu'une disposition d'un traité interdise les réserves à des dispositions déterminées spécifiques ne signifie pas que toute réserve est interdite.

7. Pour ce qui est du projet de directive 3.1.2 (par. 49), notant que l'alinéa *b* de l'article 19 vise le cas où un traité

* Reprise des débats de la 2854e séance.

« dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites », M. Gaja relève que le mot « seules » est vital, parce qu'il signifie qu'une réserve valide ne pourrait être faite sur une autre partie du traité. Savoir s'il y a ou non cet élément d'exclusion est une question d'interprétation des traités. Dans le cas d'un traité qui prévoit que seules des réserves déterminées peuvent être faites, il est nécessaire de décider si une réserve qui a été faite peut être rangée parmi les réserves déterminées qui sont seules valides ou si, au contraire, elle ne le peut pas et est donc implicitement (ou indirectement) interdite. À cette fin, il convient de déterminer la catégorie de réserves que le traité considère comme les seules valides. Dans le projet de directive 3.1.2, la définition des mots « réserves déterminées » qui figurent à l'alinéa *b* de l'article 19 est accompagnée d'éléments additionnels qui ne sont pas essentiels et devraient être supprimés. Pour M. Gaja, la définition proposée n'est pas étayée par la sentence arbitrale rendue dans l'affaire de la *Délimitation du plateau continental entre le Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et la République française*. Le tribunal arbitral a fait observer que l'article 12 de la Convention de Genève sur le plateau continental, qui autorise les réserves à des articles autres que les articles 1 à 3, ne permettait pas de « contester le droit, pour la République française, d'être partie à la Convention avec des réserves permises par cet article » [p. 161 de la sentence]. Ainsi, la validité de principe de la réserve française, qui portait sur l'article 6 de la même Convention, n'était pas en cause. Le tribunal a ensuite exclu la possibilité que la réserve française puisse être considérée comme acceptée d'avance, soulignant que « ce ne serait que si l'article en question avait autorisé la formulation de réserves spécifiques que l'on pourrait considérer que des parties à la Convention ont accepté d'avance une réserve déterminée » [ibid.].

8. Ces exposés semblent faire apparaître une distinction entre, d'une part, la question de savoir si le traité interdit ou autorise une réserve et, de l'autre, la question de l'acceptation d'une réserve valide. En principe, une réserve à l'article 6 est valide, et il a fallu décider si une acceptation ultérieure était nécessaire parce que l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969 dispose qu'il suffit que la réserve soit autorisée par le traité. Ce n'est qu'en ce qui concerne ce dernier effet que, selon le tribunal arbitral, le contenu de la réserve doit être identifié dans le traité de manière suffisamment précise. En d'autres termes, si le traité déclare que toute réserve peut être faite pour ce qui est de la délimitation du plateau continental, il s'agira d'une réserve déjà autorisée dans tous ses détails, et un État qui formulerait une telle réserve ferait uniquement ce qui est expressément et spécifiquement autorisé par le traité; il n'y aurait donc pas besoin d'accepter cette réserve ultérieurement, parce que l'acceptation est déjà prévue dans le traité. Si une réserve plus générale est autorisée, il faudra déterminer si elle est compatible avec l'objet et le but du traité et si elle a été acceptée par les autres États parties concernés. L'alinéa *b* de l'article 19, par contre, prévoit qu'une indication générale suffit pour établir que la réserve est déterminée et donc en principe valide.

9. M. KAMTO dit qu'au paragraphe 2 de son dixième rapport, le Rapporteur spécial explique pourquoi il a décidé de revenir à la notion de « validité » plutôt que de parler de « licéité », un terme qui est pertinent en matière de responsabilité de l'État mais ne l'est guère dans le domaine des réserves. Selon le Rapporteur spécial, « l'expression "validité des réserves" décrit l'opération intellectuelle consistant à déterminer si une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale et visant à exclure ou modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou cette organisation est susceptible de produire les effets qui s'attachent en principe à la formulation d'une réserve ». C'est la dernière partie de cette phrase qui pose problème. Si cette définition est acceptée, la question de la validité sera évaluée du point de vue de la capacité de l'acte de produire des effets juridiques. Une telle approche ne tient compte que d'un aspect de la notion de validité, avec les conséquences que cela entraîne pour le titre du projet de directive 3.1 (par. 16). Il est généralement admis que la validité est la qualité des éléments d'un ordre juridique qui remplissent toutes les conditions de forme et de fond requises par cet ordre juridique pour y produire des effets juridiques. Il découle de la définition de la validité que la conformité d'un acte à ces conditions permet de dire que cet acte est valide. Ainsi, si la Commission s'attache uniquement à la capacité de produire des effets juridiques, elle perdra de vue les conditions de forme et de contenu.

10. Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni c. Norvège)* en 1951, la CIJ a déclaré que: « [s]'il est vrai que l'acte de délimitation est nécessairement un acte unilatéral parce que l'État côtier a seul qualité pour y procéder, en revanche la validité de la délimitation à l'égard des tiers relève du droit international » [p. 132 de l'arrêt]. Pour M. Kamto, cette affirmation, à la lumière de la définition de la validité qu'il vient juste de mentionner, signifie qu'un État peut toujours formuler des réserves, mais sous certaines conditions de forme (capacité de formuler, moment de la formulation) et de contenu (par exemple compatibilité avec l'objet et le but du traité, absence de conflit avec une règle du *jus cogens*) qui lui permettent de produire des effets juridiques. Le projet de directive 3.1 concerne la faculté de formuler des réserves, non la présomption de validité, et le titre « Présomption de validité des réserves » n'en reflète pas la teneur. C'est l'autre titre proposé, « Faculté de formuler des réserves », qui doit être retenu.

11. De plus, si l'on accepte le raisonnement du Rapporteur spécial, la modification du projet de directive 1.6 proposée en note au paragraphe 8 du rapport est incomplète, parce qu'il serait également nécessaire de supprimer les mots « et des effets »: si la validité est la capacité d'une réserve de produire des effets juridiques, il serait tautologique de dire « sans préjudice de la validité et des effets », parce que la validité est précisément la capacité de produire de tels effets.

12. M. Sreenivasa RAO rend hommage au Rapporteur spécial pour l'extraordinaire richesse d'informations et le degré de détail de son dixième rapport. Faire comprendre ce qui est évident exige parfois des dons de communicateur extraordinaires.

13. Le Rapporteur spécial est clairement favorable à ce que les États puissent librement exprimer des limites, des conditions et des préférences individuelles au moyen de

réserves lorsqu'ils deviennent parties à un traité. Il partage lui-même cette préférence, car il importe dans un monde divers que le plus d'États possibles deviennent parties aux traités et, dans la mesure où l'objet et le but fondamentaux de ces derniers sont préservés, les États doivent disposer d'une certaine latitude. C'est l'idée qui est au cœur de la notion et de l'institution des réserves.

14. Plus précisément, il est bon de reproduire l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 et d'indiquer les paramètres dans le cadre desquels les États peuvent y recourir. Du point de vue terminologique, M. Rao souscrit aux propositions du Rapporteur spécial, qui propose à juste titre de revenir au terme « validité », dès lors que sa signification est clairement définie et qu'elle ne préjuge pas les prétentions concurrentes de l'école de la licéité et de l'école de l'opposabilité. « Validité » est assurément un terme neutre.

15. Il y a de bonnes raisons de conclure que des réserves expressément autorisées excluent implicitement les autres catégories de réserves. Il faut toutefois l'indiquer clairement dans les projets de directive. C'est également à juste titre que le Rapporteur spécial souligne que des réserves qui ne sont ni expressément autorisées ni implicitement interdites doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité, et M. Rao attend avec intérêt l'approfondissement de l'analyse à cet égard.

16. En réponse à une observation de M. Kabatsi, il conclut en déclarant qu'au fil des années, la matière a fait l'objet de recherches si approfondies et a donné lieu à de si nombreuses conclusions que la complexité du processus n'est pas nécessairement évidente pour ceux qui n'ont pas connaissance du contexte. C'est pour cette raison que le rapport à l'examen sera extrêmement précieux pour tous ceux qui s'intéressent particulièrement aux aspects techniques de l'élaboration des traités. En filtrant soigneusement les informations disponibles, le Rapporteur spécial a dénoué de nombreux écheveaux qui en d'autres mains se seraient révélés inextricables.

17. Le PRÉSIDENT invite M. Pellet à présenter la section C de son dixième rapport, portant sur les réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité.

18. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il est regrettable que le début de son rapport n'ait suscité d'observations que de trois membres seulement. Il leur est reconnaissant mais préfère leur répondre ultérieurement. Il a pris note en particulier des questions soulevées par M. Gaja, dont certains aspects ne sont pas absolument clairs. Certes, les deux premières sections de son rapport ne sont pas d'une lecture très passionnante, mais il pensait, étant donné la quantité d'informations qu'il contient, qu'il était digne d'un débat plus approfondi. Il est tenté d'interpréter le silence des autres membres comme une approbation unanime, mais il craint que cela ne soit trop beau pour être vrai. Il espère donc que la section C de son rapport suscitera davantage d'intérêt et permettra un échange de vues constructif.

19. La tâche d'un rapporteur spécial est assez exigeante, en particulier sur un sujet aussi aride et techniquement difficile, mais lorsque la réaction générale est un silence poli, il se sent parfois quelque peu frustré. Il apprécie toujours les critiques constructives: de fait, le principal mérite de la Commission tient à l'approche collective qu'elle adopte et, si un rapporteur spécial ne doit pas se contenter d'aller dans le sens du courant, c'est néanmoins le débat qui doit indiquer la direction à prendre. Le rapporteur spécial peut facilement prendre une mauvaise direction, et les projets de directive qu'il propose peuvent être améliorés tant dans leur forme que dans leur fond. Il lui incombe en sa qualité de rapporteur spécial de fournir aux membres les éléments factuels et juridiques nécessaires pour animer le débat. Toutefois, il n'est pas infaillible, et il peut changer d'avis, parfois radicalement, à la lumière du débat de la Commission, comme cela s'est produit récemment en ce qui concerne la définition des objections.

20. S'agissant de la section D, le Rapporteur spécial indique qu'elle traite de la validité des réserves, une notion qu'il a longuement expliquée lorsqu'il a présenté le début de son rapport [voir 2854e séance, *supra*]. Les observations faites par les membres sur les sections A et B du rapport lui donnent à penser que sa définition de la validité des réserves est peut-être trop restrictive, et qu'il n'a pas suffisamment expliqué que la validité tient aux conditions de forme et de fond des réserves. Il indique toutefois qu'il reviendra sur cette question ultérieurement.

21. La validité est essentiellement régie par l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, aux termes desquelles des réserves peuvent être formulées, non faites, à deux conditions. Premièrement, la réserve que l'État entend formuler ne doit pas être expressément interdite (al. *a*), ni implicitement interdite (al. *b*) par le traité; à cet égard, le Rapporteur spécial prend note de l'observation de M. Gaja selon laquelle l'alinéa *a* peut aussi couvrir certains cas d'interdiction implicite. Ces questions sont traitées aux paragraphes 22 à 49 du rapport.

22. Deuxièmement, l'alinéa *c* dispose que dans les cas qui ne relèvent pas des alinéas *a* et *b*, la réserve doit être compatible avec l'objet et le but du traité. La section C du dixième rapport traite de cette condition fondamentale, qui est un élément essentiel du « régime flexible » qui résulte de l'avis consultatif sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* rendu par la CIJ en 1951 et de la Convention de Vienne de 1969. Grâce à cette précision, le « droit » des États de faire des réserves est équilibré par l'exigence de préserver non pas « l'intégrité » du traité – par hypothèse les réserves y portent atteinte – mais ce qui en constitue l'essentiel ou la raison d'être. Il convient de noter que le critère de compatibilité avec l'objet et le but du traité s'applique à la formulation des réserves et non à celle des objections, ce qui est contraire à la position prise par la CIJ dans son avis consultatif de 1951 [p. 24 de l'avis] et aux vues des États, qui se croient souvent obligés de justifier leurs objections à une réserve en déclarant qu'elle est incompatible avec l'objet et le but du traité. L'article 20 des Conventions de Vienne n'exige rien de tel: les États peuvent formuler une objection pour toute raison qui leur semble bonne et, à la réflexion, leur affirmation selon laquelle la réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité souvent n'est guère convaincante.

23. M. Sreenivasa Rao semble penser que le Rapporteur spécial est favorable à ce que les États fassent des réserves. Or il n'a pas d'opinion bien arrêtée sur la question. Les réserves sont un fait de la vie internationale, un mal nécessaire qui permet aux États de devenir parties aux traités, et cette possibilité ne doit pas être exclue. D'autre part, il attache beaucoup d'importance à la notion d'objet et de but du traité, qui est un facteur décisif s'agissant d'empêcher les États de vider les traités de leur substance. L'alinéa *c* de l'article 19 des Conventions de Vienne est donc une disposition essentielle qui empêche les États d'abuser des réserves pour affirmer leur volonté au plan international. Il énonce une règle maintenant considérée comme une norme coutumière dont tous les États et organisations internationales doivent tenir compte, qu'ils soient ou non parties aux Conventions de Vienne. Toutefois, il s'agit d'une norme coutumière mais non d'une norme impérative – si les États le souhaitent ils peuvent de fait autoriser des réserves qui vident les traités de leur substance. De plus, une simple lecture des paragraphes 2 et 3 de l'article 20 montre que les rédacteurs des Conventions de Vienne n'avaient pas cela en tête, et que le principe de la compatibilité avec l'objet et le but du traité ne s'applique pas en pratique aux traités à participation restreinte et aux actes constitutifs d'organisations internationales, qui réintroduisent le principe de l'unanimité. En outre, si le traité interdit expressément certaines réserves, il est inutile de se demander si elles peuvent être compatibles avec l'objet et le but du traité – elles sont interdites, un point c'est tout.

24. Il en va de même lorsqu'une réserve déterminée est autorisée (le Rapporteur spécial indique qu'il n'est pas convaincu par l'argument de M. Gaja à cet égard [par. 7 et 8, *supra*]): dans leur sagesse collective, les parties ont décidé qu'une réserve déterminée pouvait être faite, qu'elle soit ou non compatible avec l'objet et le but du traité, et même si cela constitue une dérogation à l'alinéa *c* de l'article 19, c'est tout à fait acceptable parce que cette disposition n'est pas une norme impérative.

25. Mais il faut se pencher sur deux autres hypothèses, déjà examinées à la section B qui sont également couvertes par les alinéas *a* et *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne, et dans lesquelles la question de savoir si des réserves a priori autorisées par le traité doivent passer le test de la compatibilité de l'alinéa *c* n'est pas directement résolue par les Conventions de Vienne. La première hypothèse est celle des réserves qui sont implicitement autorisées parce qu'elles ne sont pas expressément interdites, la seconde est celle des réserves qui sont expressément autorisées mais non déterminées au sens que le Rapporteur spécial a essayé de préciser dans le projet de directive 3.1.2. Dans ces deux cas, où ce qui est autorisé est quelque peu vague, il semble qu'un État ou une organisation internationale puisse formuler une réserve uniquement si elle ne vide pas le traité de sa substance, en d'autres termes, si elle n'est pas contraire à son objet et à son but.

26. S'agissant des réserves qui sont implicitement autorisées parce qu'elles ne sont pas interdites en application de l'alinéa *a* de l'article 19 des Conventions de Vienne, Sir Humphrey Waldock a validement fait observer, lorsqu'il était Rapporteur spécial pour le droit des traités en 1962, que la compatibilité avec l'objet et le but du traité demeure une condition tacite de la recevabilité des réserves[1]. Si, à la connaissance du Rapporteur spécial, il n'existe pas de précédents illustrant cette évidence, il n'y a pas de raison de traiter les réserves implicitement autorisées différemment des réserves expressément autorisées mais non déterminées. S'agissant de ces dernières, l'inférence rationnelle de Sir Humphrey Waldock est renforcée par deux considérations. L'une repose sur les travaux préparatoires de l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne. Le texte actuel de la disposition résulte d'un amendement polonais adopté par la Conférence de Vienne par suite duquel « seules » a été ajouté avant « des réserves déterminées »[2]. Son adoption a entraîné une autre modification, à l'alinéa *c*: au lieu du texte initial qui réservait l'application du test de la compatibilité aux cas dans lesquels le traité ne contenait pas de dispositions sur les réserves, la Conférence de Vienne a adopté le texte actuel qui étend l'application de ce critère à tous les cas non couverts par les alinéas *a* et *b*[3]. Compte tenu de cet amendement, il est clair que l'alinéa *b* ne vise dorénavant que les réserves déterminées, et que dans les autres cas l'alinéa *c* s'applique. C'est pourquoi les réserves autorisées qui ne sont pas déterminées sont soumises au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité. La seconde considération est la décision rendue en 1977 par le tribunal arbitral dans l'affaire de la *Mer d'Iroise*.

27. Comme le problème se pose dans les mêmes termes dans les deux situations mentionnées, celle des réserves implicitement et celle des réserves expressément autorisées mais non déterminées, il ne serait sans doute pas illogique d'en faire le sujet d'un projet de directive unique, le projet de directive 3.1.3/3.1.4, dont le texte est reproduit au paragraphe 70 du rapport. Ceci étant, comme la première de ces hypothèses renvoie implicitement à l'alinéa *a*, alors que la seconde renvoie à l'alinéa *b*, le Rapporteur spécial préférerait que l'on adopte deux projets de directives distincts (3.1.3 et 3.1.4, respectivement), car cela serait plus clair pour les utilisateurs du Guide de la pratique.

28. Ayant ainsi précisé le champ d'application du critère de la compatibilité de la réserve avec l'objet et le but du traité, le Rapporteur spécial dit qu'il souhaite se pencher sur le problème le plus délicat non seulement de son dixième rapport, mais aussi de l'ensemble du régime juridique des réserves et, peut-être, de tout le droit des traités, à savoir la définition du concept d'objet et de but d'un traité. Il indique qu'il a de cette question centrale au droit des traités une acception large, puisqu'il l'a liée à d'autres questions qui auraient pu en être détachées. Ceci aurait sans doute simplifié les choses, mais une telle distinction aurait été artificielle. Il a donc préféré ratisser large afin d'obtenir une idée aussi large que possible d'un problème

[1] *Annuaire… 1962*, vol. II, document A/CN.4/144, commentaire de l'article 17, par. 10, p. 74.

[2] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), document A/CONF.39/11, 70e séance, par. 16, p. 452, voir aussi, ibid., *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), document A/CONF.39/11/Add.2, p. 145 et 149.

[3] Ibid., A/CONF.39/11, 70e séance, par. 17, p. 452.

qui est au centre du droit des réserves aux traités et du droit des traités lui-même.

29. L'article 19 des Conventions de Vienne n'est pas, loin s'en faut, la seule disposition de ces conventions à recourir à la notion d'objet et de but du traité. Il y en a six autres, citées en note au paragraphe 77 du rapport. Il ne paraît pas possible d'affirmer que l'expression « objet et but du traité » qui figure dans ces six autres dispositions a un sens différent de celui qui est le sien dans le cadre de l'alinéa *c* de l'article 19. Lorsqu'en 1962 Sir Humphrey Waldock a présenté le projet de texte qui devait devenir l'article 19, il s'est expressément appuyé sur cette expression, que la Commission avait déjà utilisée dans ce qui allait devenir l'article 31 de la Convention de Vienne, pour en justifier l'emploi à l'alinéa *c* de l'article 19. Ceci montre clairement que l'expression « objet et but d'un traité » a le même sens dans toute la Convention de Vienne. Ceci étant, aucune des sept dispositions employant cette expression énigmatique ne met particulièrement son sens en lumière, et certainement pas l'article 19. Les auteurs sont unanimes pour souligner la subjectivité du terme, déjà relevée dans l'opinion dissidente conjointe du Vice-Président Guerrero et des juges McNair, Read et Hsu Mo accompagnant l'avis consultatif de 1951 sur les *Réserves à la Convention sur le génocide*.

30. Certes, il est inévitable que la subjectivité de l'interprète joue un grand rôle dans l'appréciation de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité. C'est pourquoi, à la section D de son dixième rapport, le Rapporteur spécial consacre de longs développements à la question, fort importante, de la compétence pour apprécier la validité d'une réserve et, bien sûr, plus spécialement sa compatibilité avec l'objet et le but du traité. Il est vital de savoir qui peut exprimer une opinion sur la question, parce que l'organe concerné devra procéder à une appréciation subjective de l'objet et du but du traité, puisqu'il n'y a pas de formule magique pour les déterminer.

31. Mais ce renvoi à la subjectivité de la notion n'est pas une raison suffisante pour la vouer aux gémonies. Ce n'est pas la première fois, et ce ne serait pas la dernière, qu'une notion éminemment juridique fasse appel à la subjectivité de l'interprète. Qu'y a-t-il de plus subjectif que la notion de « bonnes mœurs »? Non seulement cette notion est subjective, mais elle évolue avec le temps. À l'évidence, les bonnes mœurs du passé ne sont pas celles du monde moderne. Pourtant les tribunaux nationaux s'en accommodent et arrivent à faire la part entre ce qui est et ce qui n'est pas contraire aux bonnes mœurs. Les notions de « raisonnable » et de « bonne foi », si omniprésentes dans le droit international et dont les conséquences sont très réelles, ou celles de « proportionnalité », de « nécessité » ou d'« abus de droit », ne peuvent non plus être définies de manière objective, mais elles n'en sont pas moins des notions juridiques. Elles imprègnent la politique juridique étrangère des États et l'action des gouvernements. Elles sont constamment présentes à l'esprit des conseillers juridiques des États et des organisations internationales. Elles constituent le fondement d'innombrables arrêts de juridictions internationales et de sentences arbitrales, et sont acceptées comme constituant le droit par les parties auxquelles ces arrêts ou sentences s'adressent. Il en va de même de la pornographie, pour laquelle le critère habituel est « *I know it when I see it.* » S'il peut y avoir des cas marginaux dans lesquels ce que l'un définira comme pornographique paraîtra érotique à un autre, dans l'ensemble une personne de bonne foi arriverait à la même conclusion ou une conclusion très similaire, en tout cas (et c'est là le facteur important) dans un contexte culturel donné. Comme les normes juridiques sont faites pour être interprétées dans un contexte particulier et n'appartiennent pas à un « ciel des idées » platonicien, l'objet et le but d'un traité ne sont pas différents des bonnes mœurs ou de la pornographie en ce que, dans un contexte international déterminé, des interprètes agissant de bonne foi devraient assez facilement s'entendre subjectivement ou intuitivement sur ce qui constitue l'objet et le but d'un traité.

32. Le Rapporteur spécial dit qu'il donne quelques exemples aux paragraphes 93 et 94. Mais, et cela n'est pas surprenant, il n'a trouvé que peu d'exemples, parce que les États s'abstiennent naturellement de formuler des réserves qui seraient manifestement incompatibles avec l'objet et le but d'un traité. Par exemple, bien qu'un certain nombre de réserves aient été formulées à la Convention sur la prévention et la répression du crime de génocide de 1948, il ne viendrait pas à l'idée d'un État de la ratifier en réservant la possibilité de commettre un génocide, car cela serait manifestement contraire à l'objet et au but de la Convention. Certes, l'insupportable clause coloniale de l'article XII de cette convention pose certains problèmes à cet égard, mais c'est une autre affaire.

33. Même si la subjectivité de la notion d'objet et de but d'un traité n'est pas dramatique en soi et si, dans de très nombreux cas, la simple interprétation de bonne foi suffit à éviter que le problème se pose, il n'en est pas moins utile d'essayer de guider la subjectivité de l'interprète en essayant de définir la notion et les moyens de la mettre en œuvre. Le Rapporteur spécial indique que c'est ce qu'il s'est efforcé de faire aux paragraphes 79 à 85, en se fondant sur la jurisprudence et sur la doctrine. Mais le résultat auquel il est parvenu ne satisfera sans doute pas les esprits épris de certitude. Malgré les suggestions d'une partie de la doctrine – l'école française – il serait vain d'essayer de distinguer l'« objet » du « but », pour les raisons expliquées aux paragraphes 82 et 83. Il s'agit d'une seule notion, et non de l'addition de deux notions. La tâche du Rapporteur spécial aurait peut-être été plus simple s'il avait pu séparer ces deux éléments, car cela aurait ouvert la possibilité d'une analyse objective. Il n'a toutefois pas été en mesure de le faire et ne voit pas pourquoi la doctrine française tient à séparer les notions d'objet et de but d'un traité. Le résultat assez décevant auquel il est parvenu après avoir longuement réfléchi figure dans le projet de directive 3.1.5, au paragraphe 89, et se lit comme suit: « Aux fins de l'appréciation de la validité des réserves, on entend par objet et but du traité les dispositions essentielles du traité, qui en constituent la raison d'être. »

34. Le Rapporteur spécial reconnaît qu'il s'agit d'une directive très générale, mais, au vu de la pratique internationale, des précédents et de la doctrine, il ne pense pas honnêtement que l'on puisse aller beaucoup plus loin. Il est néanmoins ouvert aux suggestions des membres s'agissant de compléter ce texte, car il est profondément convaincu que le droit ne consiste pas à donner

des solutions magiques ni à enfermer l'interprète dans des formules rigides. Le processus nécessite décidément davantage d'esprit de finesse que d'esprit de géométrie. Le projet de directive 3.1.5 est sans doute déjà mieux que rien, car si la Commission suit le Rapporteur spécial, les utilisateurs sauront qu'une réserve ne peut vider le traité de sa substance. Ainsi, la directive renforcerait quelque peu le sens de l'expression « objet et but du traité ».

35. En outre, les inconvénients que présentent la généralité et le vague du projet de directive 3.1.5 (par. 89 du rapport) sont limités de deux manières. En premier lieu, le vague de la définition est compensé par la méthode de détermination de l'objet et du but du traité qu'il propose dans le projet de directive 3.1.6 (par. 91) qui s'inspire, sans la copier, de la méthode d'interprétation des traités prévue aux articles 31 et 32 des Conventions de Vienne, car les précédents analysés dans le rapport concernent effectivement la question de l'interprétation et donc la question de la détermination de l'objet et du but d'un traité.

36. La seule question vraiment épineuse à cet égard est celle de savoir si l'on doit se placer au moment de la conclusion du traité ou à celui où la recherche de son objet et de son but est effectuée. Il s'agit là d'un problème d'interprétation que l'on désigne souvent comme le choix entre le renvoi fixe ou le renvoi mobile et qui est évoqué, peut-être trop brièvement, aux paragraphes 83 et 86. Comme Sir Gerald Fitzmaurice, le Rapporteur spécial tend à penser que le droit évolue, qu'il n'existe pas d'objet et de but « en soi » et que, dès lors, il convient de prendre en compte « la pratique ultérieurement suivie par les parties » pour déterminer l'objet et le but du traité. Comme il peut y avoir du pour et du contre, l'expression « et la pratique ultérieurement suivie par les parties » a été laissée entre crochets dans le projet de directive 3.1.6 et le Rapporteur spécial serait reconnaissant aux autres membres de la Commission de dire ce qu'ils en pensent.

37. La seconde raison qui atténue les inconvénients de la définition très générale de la notion d'objet et de but du traité tient aux nombreux projets de directive qui sont proposés pour adoption aux paragraphes 93 à 146 du rapport, traitant de « La mise en œuvre du critère ». À la réflexion, ce titre est peut-être ambigu et inexact parce qu'en proposant les projets de directive, le Rapporteur spécial s'est efforcé d'analyser les problèmes que posent des types particuliers de réserves. Une étude détaillée de l'objet et du but du traité permettrait de scinder la matière en un certain nombre de questions subsidiaires, ce qui faciliterait la recherche d'une réponse au problème principal.

38. En réalité, il ne s'agit pas tant de décrire les méthodes de mise en œuvre du critère de l'objet et du but du traité que de tenter de donner aux États, aux juridictions et aux interprètes en général des directives quant à la conduite à tenir dans les principales circonstances dans lesquelles le problème de la validité des réserves se pose. À cet égard, le Rapporteur spécial indique qu'il souhaite faire précéder sa présentation des paragraphes 83 et suivants de quatre remarques générales préliminaires. Premièrement, il n'a certainement pas pensé à tous les cas possibles; bien que le Guide de la pratique doive être assez détaillé dans l'ensemble, ce n'est pas la vocation d'un texte de codification de couvrir absolument tous les cas possibles. Le Rapporteur spécial a essayé de ne rien oublier d'essentiel, mais il complétera les projets de directives 3.1.7 (par. 115) à 3.1.13 (par. 99) si d'autres membres de la Commission pensent à d'autres situations qui se présentent avec une fréquence relativement grande. Plus le Guide de la pratique couvrira d'hypothèses raisonnables, et plus les « clients » de la Commission, en d'autres termes les États et les organisations internationales ainsi que leurs services juridiques et les tribunaux internationaux, apprécieront l'aide qu'il vise à leur apporter.

39. Deuxièmement, il y aura toujours des hypothèses non couvertes et, dans ces cas, il faudra se référer seulement aux projets de directives 3.1.5 (par. 89) et 3.1.6 (par. 91), quitte à procéder par analogie avec les situations envisagées par les directives suivantes.

40. Troisièmement, les six ou sept hypothèses envisagées aux paragraphes 96 à 146 sont assez hétérogènes. Les deux premières concernent les réserves à des catégories particulières de traités ou de clauses: les réserves aux clauses de règlement des différends et aux clauses sur le contrôle de l'application du traité, et les réserves aux traités généraux de droits de l'homme. Les deux catégories suivantes concernent les réserves qui posent problème du fait de leur contenu, à savoir celles qui sont relatives à l'application du droit interne d'une part et les réserves vagues ou générales de l'autre. Les deux dernières rubriques concernent les réserves à des dispositions conventionnelles « androgynes », en ce qu'il s'agit de dispositions figurant dans un traité mais qui énoncent des règles coutumières ou des normes du *jus cogens*.

41. Le Rapporteur spécial reconnaît que sa méthode n'a pas été très cartésienne, mais il n'avait pas pour objectif de faire œuvre doctrinale mais œuvre utile. Il s'est demandé quelles difficultés les États rencontraient concrètement pour évaluer la validité des réserves, aussi bien celles qu'ils veulent formuler eux-mêmes que celles qui sont formulées par leurs pairs. Il a ensuite tenté de dégager des solutions concrètes, de préférence en se fondant sur la pratique ou, à défaut, sur la doctrine ou, à défaut encore, en procédant de la manière la plus logique possible.

42. Bien entendu, il peut se produire qu'une réserve particulière corresponde à plusieurs des hypothèses envisagées. Par exemple, une réserve à un traité général de droits de l'homme comme les pactes internationaux de 1966 relatifs aux droits économiques, sociaux et culturels et aux droits civils et politiques ou à des conventions régionales de droits de l'homme peut porter sur une règle de nature coutumière ou impérative et viser à préserver l'application du droit interne. À l'évidence, dans ces hypothèses, il faut combiner les règles qui ont été dégagées.

43. Le Rapporteur spécial souligne que l'ordre qu'il a suivi dans son rapport n'est pas celui qu'il propose de suivre pour numéroter les projets de directive. Dans le rapport, il a procédé du particulier au général, alors qu'il suggère une progression inverse pour les projets de directive. Dans la suite de sa présentation, il entend suivre l'ordre du rapport. La numérotation des projets de directive n'est pas totalement arbitraire ni aléatoire, mais est assez logique.

44. S'agissant des différentes catégories de réserves et des problèmes particuliers qu'elles posent, le Rapporteur spécial rappelle que les réserves à des clauses de règlement des différends ou des clauses concernant le contrôle de l'application du traité formulées par ce que l'on appelait les « pays de l'Est » ont suscité le grand débat qui a conduit à l'adoption du système souple. L'Assemblée générale a saisi la CIJ des réserves formulées par ces pays à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, qui prévoyait que les différends relatifs à l'interprétation ou l'application de la Convention étaient portés devant la CIJ. En réponse à l'Assemblée générale, la Cour a rendu son avis consultatif justement célèbre du 28 mai 1951, même si elle s'est prononcée dans l'abstrait et pas sur la question concrète qui avait suscité la demande d'avis.

45. Dans le contexte de la guerre froide, des auteurs occidentaux, notamment Sir Gerald Fitzmaurice, qui était alors Rapporteur spécial de la CDI pour le droit des traités, ont affirmé que de telles réserves étaient contraires à l'objet et au but de la Convention. Cette position a été écartée par la Cour dans ses ordonnances de 1999 dans deux affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, à savoir celles qui opposaient la Yougoslavie à l'Espagne et la Yougoslavie aux États-Unis d'Amérique. Plus récemment, dans l'ordonnance qu'elle a rendue en 2002 dans l'affaire concernant des *Activités armées sur le territoire du Congo*, la Cour a clairement déclaré que « ladite réserve ne porte pas sur le fond du droit mais sur la compétence de la Cour » et « n'apparaît dès lors pas contraire à l'objet et au but de la convention » [p. 246 de l'arrêt].

46. Les organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme ont apparemment adopté une position différente. Tel est le cas du Comité des droits de l'homme dans son observation générale n° 24 (1994)[4] et dans sa décision sur la Communication n° 845/1999, *Kennedy c. Trinité-et-Tobago* et de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Loizidou c. Turquie*. L'un comme l'autre considèrent que les règles de contrôle constituent des garanties pour la protection des droits énoncés dans le traité en cause et sont donc essentiels au respect de son objet et de son but.

47. Il peut sembler difficile de concilier ces deux positions, mais ceci n'est pas impossible, et le Rapporteur spécial indique qu'il a essayé de le faire au paragraphe 99 de son rapport, qui contient le projet de directive 3.1.13 dans lequel est énoncé le principe selon lequel, conformément à la jurisprudence de la CIJ, « Une réserve à une disposition conventionnelle relative au règlement des différends ou au contrôle de la mise en œuvre du traité n'est pas, en elle-même, incompatible avec l'objet et le but du traité.» Il a néanmoins indiqué que la situation serait différente si la disposition sur laquelle porte la réserve constitue la raison d'être du traité ou si la réserve avait pour effet de soustraire son auteur à un mécanisme de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité au sujet d'une disposition conventionnelle qu'il a antérieurement acceptée si l'objet même du traité est la mise en œuvre d'un tel mécanisme.

48. Indépendamment des réserves concernant les mécanismes de contrôle, les réserves aux traités généraux de droits de l'homme posent d'autres problèmes qui suscitent les controverses les plus vives. La Commission a longuement examiné le sujet lorsque, en 1997, elle a examiné le deuxième rapport sur les réserves[5] et adopté ses conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux généraux, notamment relatifs aux droits de l'homme[6]. Comme on espère qu'en 2006 il sera possible d'organiser un séminaire avec des organes de droits de l'homme afin d'examiner le problème (voir 2854e séance, *supra*, par. 89), le Rapporteur spécial indique qu'il est brièvement revenu sur la question dans son dixième rapport et s'est simplement demandé s'il fallait considérer qu'une réserve à l'un des droits garantis par les traités généraux relatifs aux droits de l'homme, en d'autres termes essentiellement les deux Pactes de 1966 et les trois principales conventions générales, était par principe ou par nature incompatible avec l'objet et le but de ces traités. À lire certains passages de l'observation générale n° 24 du Comité des droits de l'homme, on pourrait le penser. Mais une lecture de l'ensemble du texte conduit à nuancer ces conclusions, car deux choses sont claires dans la pratique: premièrement, les États formulent de nombreuses réserves à des dispositions garantissant tel ou tel droit énoncé dans les traités généraux et, deuxièmement, les autres États n'y objectent pas systématiquement.

49. Comme la pratique est incertaine et nuancée, il serait prudent de ménager les sensibilités « droits-de-l'hommistes », dans les limites de la raison, en adoptant un projet de directive assez souple. Celui que le Rapporteur spécial propose en tant que projet de directive 3.1.12 au paragraphe 102 du rapport, qui indique simplement que pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité général de protection des droits de l'homme, il convient de tenir compte du caractère indissociable des droits qui y sont énoncés et de l'importance que revêt le droit faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité ou de la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve. Pour le Rapporteur spécial, ceci signifie qu'une réserve relative à un droit fondamental est incompatible avec l'objet et le but d'un traité général relatif aux droits de l'homme, mais que tous les droits garantis dans de tels traités ne sont pas nécessairement des droits fondamentaux, et que même dans le cas de droits fondamentaux, on ne peut pas raisonnablement exclure la possibilité de réserves ciblées portant sur des aspects particuliers et marginaux de la mise en œuvre de ces droits.

50. Une autre question qui se pose souvent dans le domaine des droits de l'homme, mais pas seulement dans ce domaine, est celle de savoir si un État peut formuler une réserve pour préserver l'application de son droit interne. À la lecture des objections reproduites au paragraphe 103 du rapport, on pourrait penser qu'une réponse affirmative s'impose. Les États objectants invoquent parfois un prétendu principe général interdisant aux États

[4] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40* (A/50/40), volume I, annexe V, p. 138.

[5] *Annuaire… 1996*, vol. II (1re partie), documents A/CN.4/477 et Add.1 et A/CN.4/478.

[6] *Annuaire… 1997*, vol. II (2e partie), chap. V, sect. B et C, p. 44 à 58.

d'invoquer leur droit interne pour refuser d'appliquer un traité. Certes, l'article 27 des Conventions de Vienne dispose qu'un État ou une organisation internationale ne peut s'abriter derrière son droit interne pour refuser d'exécuter le traité. Mais, et c'est un grand mais, ceci suppose que la disposition que l'État ou l'organisation refuse d'appliquer est d'ores et déjà entrée en vigueur à son égard. Or le problème se pose en amont: un État peut-il éviter que la disposition en question entre en vigueur à son égard en y faisant une réserve et, à cette fin, peut-il se référer à son droit interne? La question n'est pas de savoir si un État peut rejeter une obligation qui lui incombe mais s'il peut refuser d'assumer cette obligation. C'est une situation qui est donc totalement différente de celle visée par l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969 et, en ce sens, les États dont le Rapporteur spécial cite les objections au paragraphe 103 font une grave erreur dans leur raisonnement.

51. Si l'on pose convenablement le problème, la réponse devra être beaucoup plus nuancée qu'on l'affirme parfois. Premièrement, il existe une présomption générale de validité des réserves. Deuxièmement, les États ne sont pas tenus de motiver leurs réserves, bien que ce serait utile qu'ils le fassent, et peut-être le Guide de la pratique devrait-il comprendre une recommandation à cet effet, même s'il ne s'agit pas d'une obligation juridique. Il serait absurde de considérer qu'une réserve non accompagnée d'explications est valide mais que la même réserve est invalide si elle est motivée par les difficultés que son droit interne pose à son auteur. Troisièmement, en pratique, ce sont le plus souvent des considérations fondées sur le droit interne qui conduisent les États à formuler des réserves. Les seules réserves autorisées par un traité aussi emblématique que la Convention européenne des droits de l'homme sont précisément celles qui sont justifiées par les exigences du droit interne de l'État qui la ratifie, au moment où il la ratifie.

52. Il semble donc au Rapporteur spécial qu'il est impossible d'affirmer catégoriquement que par principe un État ne peut formuler une réserve pour préserver l'intégrité de son droit interne. Simplement, il ne peut, ce faisant, porter atteinte à l'objet et au but du traité. Droit interne ou non, il doit respecter les préceptes généraux qui figurent dans les projets de directive 3.1.5 et 3.1.6. Ceci peut paraître aller de soi, mais cela va encore mieux en le disant, et c'est précisément ce que le Rapporteur spécial fait dans le projet de directive 3.1.11, qui figure au paragraphe 106 du rapport.

53. La question des réserves fondées sur le désir de leur auteur de préserver son droit interne est souvent obscurcie parce qu'on la confond avec la question des réserves vagues et générales, alors qu'elle est totalement différente. Ce qui est exclu, ce n'est pas d'invoquer son droit interne pour formuler une réserve mais de s'abriter derrière son droit interne en général, sans autre précision, pour le faire prévaloir sur les dispositions du traité. L'invalidité d'une telle réserve découle non de l'invocation du droit interne mais du fait qu'il est impossible pour les autres États d'apprécier la véritable portée de la réserve et, en particulier, sa compatibilité avec l'objet et le but du traité. Du reste, cette cause d'invalidité ne tient pas forcément au fait que l'État réservataire invoque son droit interne, mais peut découler du fait que la réserve est formulée en termes vagues et généraux ou invoque des politiques nationales de l'État en question. Lorsqu'il est impossible d'apprécier la portée effective d'une réserve, celle-ci est invalide.

54. En ne permettant pas aux autres parties d'apprécier la portée de sa réserve, l'État réservataire paralyse totalement le mécanisme réservataire et prive les autres parties contractantes de la possibilité de réagir conformément à l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial souligne qu'ainsi qu'il l'indique au paragraphe 109 de son rapport, ce n'est pas le renvoi au droit interne en lui-même qui pose problème, mais bien le caractère fréquemment vague et général des réserves, qui ne permet pas aux États d'adopter une position en ce qui les concerne. Comme le Comité des droits de l'homme l'a indiqué dans son observation générale no 24, les réserves doivent être précises et transparentes, afin que le Comité, ceux qui relèvent de la juridiction de l'État réservataire et les autres parties sachent clairement quelles obligations en matière de respect des droits de l'homme ont ou n'ont pas été assumées. Les réserves ne peuvent donc ainsi être générales, mais doivent viser une disposition particulière de la convention en question et indiquer avec précision leur portée. Comme l'a déclaré la Commission européenne des droits de l'homme, une réserve est de nature générale lorsqu'elle est libellée de telle manière qu'il n'est pas possible d'en déterminer la portée. La Cour européenne des droits de l'homme a adopté une position comparable dans la fameuse affaire *Belilos*.

55. Il semble donc légitime de proposer un projet de directive 3.1.7 ainsi libellé: «Une réserve rédigée en termes vagues et généraux ne permettant pas d'en apprécier la portée est incompatible avec l'objet et le but du traité» (par. 115 du rapport).

56. Le Rapporteur spécial indique qu'il donne aux paragraphes 110 et 111 plusieurs exemples qui paraissent relever de ce texte et qui ont d'ailleurs fait l'objet d'objections. Certaines réserves consistent pour les États à invoquer leur constitution ou leur droit interne sans expliquer l'effet de ceux-ci sur le traité; certaines sont fondées sur la charia et ne visent pas de dispositions précises du traité, pas plus qu'elles n'indiquent pourquoi la charia interdit l'application du traité en question. On peut citer aussi la réserve du Saint-Siège à la Convention relative aux droits de l'enfant, qu'il a ratifiée sous réserve que l'application de la Convention soit compatible avec la nature particulière de la Cité du Vatican et des sources de son droit objectif, ou encore la réserve des États-Unis d'Amérique à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, par laquelle ce pays s'est réservé le droit général de faire prévaloir sa Constitution sur la Convention. Dans de tels cas, les États ou autres entités se limitent à dire qu'ils ne peuvent appliquer la Convention parce que celle-ci est contraire à leur constitution ou, dans le cas du Saint-Siège, aux «sources de son droit objectif», et il est absolument impossible de savoir quelle disposition précise de la Convention fait l'objet de la réserve et quelle est la portée de cette réserve. Les autres États ne sont donc pas en mesure de réagir. De telles réserves, et le Guide de la pratique doit l'indiquer clairement, sont inacceptables – non pour des raisons idéologiques, mais en raison du mécanisme réservataire.

57. Les questions envisagées aux paragraphes 116 et suivants sont d'un type différent. Ici, ce ne sont pas les réserves en tant que telles qui sont en cause, mais les dispositions sur lesquelles elles portent, soit parce que celles-ci énoncent des règles de nature coutumière, soit parce qu'elles portent sur des normes du *jus cogens* ou sur des droits définis par le traité lui-même comme indérogeable. A priori, on pourrait penser que ces trois catégories de problèmes sont similaires, et le Rapporteur spécial indique qu'en rédigeant son rapport, c'était le postulat dont il était parti. Mais, après réflexion, il estime que chacun de ces cas doit être analysé et traité séparément.

58. Premièrement, une analyse des réserves à des dispositions énonçant des règles coutumières doit commencer par l'arrêt rendu en 1969 par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*. C'est l'arrêt lui-même qui doit être pris en considération, car les analyses doctrinales qui en ont été faites se sont fréquemment trompées sur ce que la Cour voulait dire. Cette question est brièvement analysée aux paragraphes 117 à 119 du rapport. Pour l'essentiel, la Cour a dit trois choses importantes dans son arrêt. Premièrement, elle estime que l'article 12, relatif aux réserves, de la Convention de Genève de 1958 sur le plateau continental indique qu'en interdisant les réserves à certaines dispositions et non à d'autres, les négociateurs ont selon toute vraisemblance considéré que les dispositions auxquelles les réserves n'étaient pas interdites n'avaient pas de force coutumière. Deuxièmement, la Cour a estimé qu'il était possible de formuler une réserve à une disposition énonçant une règle coutumière [par. 64 et 65 de l'arrêt]. Bien qu'on ne puisse le déduire qu'*a contrario* de certaines formules de l'arrêt, il ne semble y avoir absolument aucun doute sur ce point. C'est peut-être précisément parce qu'il fallait faire cette déduction *a contrario* que les commentateurs ont souvent commis des erreurs d'interprétation.

59. Troisièmement, la Cour a rappelé que même si une telle réserve était faite, la règle coutumière continuait de s'appliquer à l'État réservataire, non pas à titre conventionnel mais en tant que coutume. Comme la Cour l'a déclaré, « [i]l est en général caractéristique d'une règle ou d'une obligation purement conventionnelle que la faculté d'y apporter des réserves unilatérales soit admise dans certaines limites; mais il ne saurait en être ainsi dans le cas de règles et d'obligations de droit général ou coutumier qui par nature doivent s'appliquer dans des conditions égales à tous les membres de la communauté internationale et ne peuvent donc être subordonnées à un droit d'exclusion exercé unilatéralement et à volonté par l'un quelconque des membres de la communauté à son propre avantage » [par. 63 de l'arrêt].

60. Si tel est le cas, malgré certaines opinions doctrinales de sens contraire et bien que la pratique en la matière soit parfois légèrement ambiguë, on peut se demander à quoi peut servir à un État ou à une organisation internationale de formuler une réserve à une telle règle conventionnelle puisque, de toute façon, elle continue à lui être opposable sous sa forme coutumière. La réponse est que ce faisant l'État réalise un objectif qui n'est pas très glorieux – les États n'ayant pas besoin d'être glorieux mais simplement de respecter le droit international – à savoir éviter les conséquences de la « conventionnalisation » de la norme. Lorsqu'un traité contient une disposition sur le règlement obligatoire des différends, par exemple, en faisant une réserve à une de ses dispositions de fond, l'auteur de la réserve interdit au juge désigné par le traité de connaître des litiges concernant la violation éventuelle de la norme en question. De plus, une telle réserve permet à un « objecteur persistant » de manifester la persistance de son objection. Ceci est certainement vrai pour les traités qui reprennent des règles coutumières sans constituer pour autant des traités de codification.

61. Mais qu'en est-il des traités dont l'objet même est d'uniformiser l'application du droit coutumier? Comme indiqué aux paragraphes 124 et 125 du rapport, il ne semble pas opportun d'interdire *ipso facto* toutes les réserves à toute disposition quelle qu'elle soit d'une convention de codification, ne serait-ce que parce que toutes les règles qui y figurent ne reflètent pas nécessairement une règle qui était de nature coutumière au moment de son adoption. De fait, les « conventions de codification » énoncent des règles coutumières et procèdent simultanément à un développement progressif du droit international. À quel niveau de codification et de développement progressif ne serait-il plus possible de formuler des réserves? Il est impossible de répondre à cette question.

62. Quoi qu'il en soit, la pratique est claire et indiscutable: les États formulent fréquemment des réserves à des conventions de codification, et de fait la plupart des réserves concernent de telles conventions, et les autres parties n'y objectent pas systématiquement. Lorsqu'elles le font, ce n'est qu'occasionnellement au motif qu'il est impossible de formuler des réserves à de telles conventions. Ceci étant, et conformément à l'arrêt de 1969 de la CIJ, qu'elle a repris dans son dictum célèbre de 1984 dans l'affaire concernant les *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre ce pays (compétence de la Cour et recevabilité de la requête)*, « [l]e fait que les principes [du droit international général et coutumier], reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions » [par. 73 de l'arrêt].

63. Ce sont ces deux principes fondamentaux que le Rapporteur spécial a voulu énoncer dans le projet de directive 3.1.8 (par. 129 du rapport). Premièrement, la nature coutumière d'une règle énoncée par une disposition conventionnelle ne constitue pas en elle-même un obstacle à la formulation d'une réserve à cette disposition; mais, deuxièmement, une réserve à une disposition conventionnelle énonçant une règle coutumière ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de la règle coutumière en question dans les relations de l'État ou de l'organisation internationale auteur de la réserve avec les autres États ou organisations internationales liés par cette règle. Le Rapporteur spécial est convaincu que ces principes s'appliquent dans tous les domaines, quel que soit l'objet du traité en question. Ils s'appliquent en particulier en matière de droits de l'homme, même si le Comité des droits de l'homme a semblé le contester dans sa célèbre mais parfois discutable observation générale n° 24. Le Comité a eu assurément raison de considérer que la formulation d'une réserve au Pacte international relatif aux

droits civils et politiques ne libérait pas l'État réservataire de l'obligation de ne pas se livrer à l'esclavage et de ne pas soumettre des êtres humains à des traitements cruels, inhumains et dégradants. Pourtant, l'État est de toute façon assujetti à ces obligations en application des règles du droit coutumier. De plus, et cela est peut-être plus important, pratiquement toutes, et probablement toutes, les obligations citées par le Comité pour illustrer sa thèse sont de nature non seulement coutumière mais également impérative[7].

64. La situation est différente en ce qui concerne les réserves à des dispositions énonçant des normes du *jus cogens*, par opposition aux dispositions énonçant simplement des règles coutumières. Si une réserve à cette dernière catégorie de dispositions conventionnelles peut être envisagée, même si ses effets sont limités, il n'en va pas de même d'une réserve à une disposition énonçant une norme impérative. La différence n'est pas évidente et même si on peut la percevoir intuitivement, elle est difficile à expliquer. Le Rapporteur spécial souligne qu'il a tout d'abord écarté les explications données par un certain nombre d'auteurs, souvent très éminents, qui, à la réflexion, se sont révélées peu convaincantes. Le Comité des droits de l'homme et d'autres postulent qu'on ne peut faire une réserve à une disposition énonçant une norme impérative, sans justifier cette position catégorique autrement que par l'affirmation très vague que des réserves contraires à des normes impératives ne seraient pas compatibles avec l'objet et le but du traité. Il semble néanmoins au Rapporteur spécial qu'une autre explication est nécessaire.

65. On peut soutenir que, comme dans le cas des réserves à une disposition énonçant une norme coutumière, les réserves à une norme impérative laissent subsister l'obligation de respecter la norme elle-même, avec toutes les conséquences qui en découlent indépendamment du traité. La différence tient au fait que les règles coutumières sont socialement utiles, alors que les règles impératives sont socialement indispensables. Ainsi, les réserves à des normes impératives seront interdites uniquement si l'on admet que le *jus cogens* produit ses effets en dehors du droit des traités et du cadre strict des articles 53 et 64 des Conventions de Vienne. Le Rapporteur spécial le croit profondément, mais n'a pas vu la nécessité de le démontrer dans son rapport, car il aurait fallu pour cela considérer toute la théorie du *jus cogens*. À cet égard, le Rapporteur spécial peut néanmoins citer une autorité, à savoir le Président de la Commission lui-même qui, à une séance précédente, parlant des actes unilatéraux des États, a déclaré que les États doivent respecter les normes impératives du droit international général [2854e séance, *supra*, par. 38]. S'il en est ainsi, et le Rapporteur spécial ne doute absolument pas qu'il en soit ainsi, les réserves doivent aussi respecter ces règles. Elles constituent un exemple particulièrement commun d'actes unilatéraux. En conséquence, toute réserve qui vise à éviter l'application d'une norme impérative est contraire à cette règle et doit être considérée comme nulle et non avenue.

66. La non-validité des réserves à des dispositions conventionnelles énonçant des normes impératives doit être perçue comme découlant non du fait qu'elles sont contraires à l'objet et au but du traité mais, *mutatis mutandis*, du principe énoncé à l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969, à savoir qu'un acte unilatéral est nul si, au moment de sa formulation, il est en conflit avec une norme impérative du droit international général. Sur la base de cette observation, le Rapporteur spécial pense que le projet de directive 3.1.9 sur les réserves à des dispositions énonçant des règles de *jus cogens* pourrait être très simplement libellé comme suit: « Un État ou une organisation internationale ne peut formuler une réserve à une disposition d'un traité énonçant une norme impérative du droit international général » [par. 146 du rapport].

67. S'agissant de la septième et dernière catégorie de problèmes, celle des réserves à des dispositions conventionnelles indérogeables, le problème se pose généralement en matière de traités relatifs aux droits de l'homme qui souvent, sinon toujours, contiennent des dispositions dont les parties s'engagent à ne pas suspendre l'application, quelles que soient les circonstances. Là encore, on pourrait penser que le problème se pose dans les mêmes termes que s'agissant des réserves aux dispositions énonçant une règle impérative, et tel a été effectivement l'impression initiale du Rapporteur spécial. Ceci est vrai en termes statistiques, puisque très souvent des normes sont indérogeables parce qu'elles énoncent des principes de *jus cogens*. Toutefois, la corrélation n'est pas toujours automatique, comme l'a souligné le Comité des droits de l'homme dans son observation générale no 24 et son observation générale no 29 (2001)[8]. Le Comité a estimé qu'à la différence des réserves aux dispositions énonçant une règle impérative, les réserves à des dispositions indérogeables mais ne relevant pas du *jus cogens* étaient possibles à la condition habituelle, c'est-à-dire celle de ne pas être incompatibles avec l'objet et le but du traité. Telle est également la position qu'a prise la Cour interaméricaine des droits de l'homme dans son avis consultatif de 1983 sur les *Restrictions à la peine de mort*.

68. Force est donc de reconnaître que lorsqu'une règle indérogeable n'est pas impérative, elle peut faire l'objet d'une réserve, dès lors que cette réserve a uniquement trait à certains aspects limités de la mise en œuvre du droit en question. Par ailleurs, si une réserve à une telle disposition vise à la vider de sa substance, elle devra être considérée comme incompatible avec l'objet et le but du traité, en application des projets de directives 3.1.5 et 3.1.6. Ce sont ces principes complexes et nuancés que le Rapporteur spécial s'est efforcé d'énoncer dans le projet de directive 3.1.10 (par. 146).

69. Le Rapporteur spécial indique en conclusion que son intention initiale était de donner un bref aperçu du troisième chapitre de son rapport, qui porte sur deux questions intéressant toute l'entreprise: premièrement, qui peut apprécier la validité des réserves et, en particulier, leur compatibilité ou leur incompatibilité avec l'objet et le but d'un traité et, deuxièmement, quelles sont les conséquences d'une éventuelle non-validité? Comme ce

[7] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément no 40* (A/50/40), volume I, annexe V, p. 138.

[8] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément no 40* (A/56/40), volume I, annexe V, p. 207.

chapitre n'est actuellement disponible qu'en français, le Rapporteur spécial déclare qu'il s'abstiendra au stade actuel de le présenter; il se réserve toutefois le droit de changer d'avis si, durant le débat, il semble nécessaire de donner quelques éclaircissements afin de faire mieux apparaître la logique qui l'a guidé dans son étude des caractéristiques fondamentales de la validité des réserves aux traités.

La séance est levée à 13 heures.

2857e SÉANCE

Mardi 26 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, Mme Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités (*suite*) [A/CN.4/549, sect. D, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, et A/CN.4/L.665]

[Point 6 de l'ordre du jour]

DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du dixième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/558 et Add.1 et 2) présenté par le Rapporteur spécial.

2. M. KOLODKIN félicite le Rapporteur spécial, dont le dixième rapport, très élaboré, lui procure une grande satisfaction intellectuelle, même s'il n'est pas toujours d'accord avec l'auteur. Ce rapport appelle des observations, en premier lieu sur les termes et concepts de licéité (*permissibility/admissibility*) et de validité des réserves. En effet, l'étude du document exige un effort terminologique stimulant, y compris des comparaisons entre les différentes versions linguistiques. Ces comparaisons révèlent que les termes employés ont des nuances différentes dans les différentes langues. Par exemple, le Rapporteur spécial écrit au paragraphe 5 de son rapport que le terme «validité» est assez neutre, par rapport au terme «*permissibility*» (licéité). Cependant, à tout le moins en russe, le terme «validité» n'est pas si neutre. Il renvoie précisément à des conséquences juridiques. Être juridiquement valide signifie entraîner des conséquences juridiques, être en vigueur, et vice-versa.

3. M. Kolodkin dit qu'il partage l'avis des membres de la Commission et des États qui, à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, se sont opposés à l'utilisation du mot «*inadmissible*» (illicite). En effet, ce terme suscite d'emblée l'idée de responsabilité; or, introduire la notion de responsabilité dans le contexte de la formulation des réserves est voué à l'échec. Le terme actuellement employé dans le texte anglais des projets de directive, à savoir «*permissible*» (licites) pour qualifier les réserves semble parfaitement approprié. À la Sixième Commission la majorité des représentants a déclaré préférer les termes «*permissible/impermissible*» (A/CN.4/549, par. 103). Dans le projet de directive 1.6, ce terme renvoie au stade de la formulation des réserves[1] et, dans le projet de directive 2.1.8, aux prérogatives du dépositaire[2]. À ce propos, il convient de souligner que le dépositaire n'a pas, en règle générale, le droit d'exprimer son opinion, non seulement quant à la validité ou la non-validité des réserves, mais également au sujet de leur *permissibility/impermissibility* (licéité/illicéité). Il doit rester neutre[3].

4. Il convient également de souligner à ce propos que la proposition formulée au paragraphe 8 du rapport à l'examen tendant à remplacer, dans les projets de directives 1.6 et 2.1.8, les mots «licite» (*admissible*) et «illicite» (*inadmissible*) par «valide» et «non valide» ne concerne pas les textes russe et anglais car on n'y trouve pas «*admissible*» et «*inadmissible*» mais «*permissible*» et «*impermissible*». Dans l'ensemble, il semble que qualifier un acte ou un document de valide ou de non valide intervient habituellement a posteriori. Il s'agit d'un jugement qui est formulé sur la base des critères applicables une fois que l'acte a été accompli ou le document adopté. Et ce jugement de valeur porte sur l'existence ou l'absence de conséquences juridiques dudit acte ou document et non pas sur son processus d'accomplissement ou de formulation. À ce propos, le paragraphe 103 du résumé thématique des débats tenus par la Sixième Commission (A/CN.4/549) expose plusieurs arguments avancés contre l'utilisation du terme «validité» pour qualifier les réserves. Si l'on devait en fin de compte retenir les terme et concept de «validité» et de «non-validité» s'agissant des réserves, il semblerait de beaucoup préférable de ne le faire que pour apprécier les conséquences juridiques des réserves formulées plutôt que de porter un jugement sur ceux qui sont investis de ce droit, en particulier les États ou les tribunaux. Il semble que c'est précisément dans cette intention qu'ont été élaborées les dispositions relatives à la validité des accords internationaux figurant dans la Convention de Vienne de 1969.

5. À ce propos, et en second lieu, la conception de présomption de validité des réserves exposée dans le rapport n'est guère convaincante. Le Rapporteur spécial s'appuie sur l'article 19 des Conventions de Vienne mais il semble que cet article commun aux deux Conventions de 1969 et de 1986 ne fasse que renforcer le droit des États et des organisations internationales de formuler des réserves, tout en le limitant. M. Kolodkin pense comme lui qu'il s'agit plus précisément d'un «droit de formuler des réserves» que d'un «droit aux réserves» − question

---

[1] Voir *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), par. 4 du commentaire, p. 134.

[2] Voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 3 à 6 du commentaire, p. 47 et 48.

[3] Ibid.

traitée aux paragraphes 12 et 13 du rapport. Même si l'on substitue « validité » à « *permissibility* » (licéité), le but de l'introduction de la notion de présomption de validité des réserves n'apparaît pas très clairement et il faudrait peut-être que le Rapporteur spécial la justifie davantage. Actuellement, le projet de directive 3.1 qu'il propose aux paragraphes 16 et 20 de son rapport reprend les dispositions de l'article 19 des Conventions de Vienne et confirme qu'il s'agit simplement du droit de formuler des réserves et des limitations correspondantes. Pour M. Kolodkin, intituler cette disposition « Présomption de validité des réserves » (par. 16) irait trop loin, et le mot « faculté » (par. 20) devrait être remplacé par le mot « droit », car c'est bien ce dont il s'agit. C'est précisément le droit de formuler des réserves, soumis à certaines conditions, qui constitue l'essence du régime de Vienne. Est-il nécessaire d'élaborer une nouvelle notion de « présomption »? Il suffirait d'énoncer et de définir le droit, et non la « faculté », de formuler des réserves.

6. À ce sujet, et en troisième lieu, il convient de revenir sur la question linguistique. Il se peut qu'en français le mot « faculté » ait plusieurs acceptions, dont celle de « droit », mais aux paragraphes 12 et 13 du rapport c'est bien le terme « droit » qui est employé, alors que dans l'intitulé du projet de directive 3.1 figure le mot « faculté ». Dans la version anglaise, aux paragraphes 12 et 13, le terme « *right* » est employé, alors que, dans l'intitulé du projet de directive 3.1, on trouve le terme « *freedom* ». Le terme employé dans l'intitulé de la directive 3.1 (faculté − « *sposobnost* »), tout du moins en russe, ne qualifie pas tant le droit, la prérogative dont est investi le sujet correspondant, que le sujet lui-même, ce qui ne correspond pas à la teneur de la directive 3.1 telle qu'elle est proposée. C'est pourquoi il serait plus correct, puisqu'on parle d'un droit, d'employer le terme « *pravo* », « droit », « *right* ». S'agissant de ce qui est proposé au paragraphe 20 du rapport concernant le projet de directive 3.1, ce travail pourrait être confié au Comité de rédaction.

7. S'agissant de l'examen de la question de la « validité », ou plus précisément de la « non-validité » des réserves, cette question doit être examinée avec celle des conséquences juridiques des réserves non valides. Ce qui est fondamental en la matière, c'est la question de la dissociabilité ou l'indissociabilité des réserves non valides de l'acte d'expression du consentement d'un État à être lié par un traité au sujet duquel ont été formulées des réserves, c'est-à-dire, au fond, la question abordée au paragraphe 53 du rapport. En conséquence, il s'agit de savoir ce qu'il en est d'un acte d'expression du consentement d'un État à être lié par un traité au sujet duquel a été formulée une réserve qui paraît non valide. Ce traité reste-t-il ou non en vigueur? Quel est son effet juridique pendant la période durant laquelle il est possible de formuler une objection à la réserve? La question de la validité des réserves, et celle de savoir s'il est opportun et utile d'utiliser la notion de « validité » dans les projets de directive, devraient être examinées sous l'angle des conséquences découlant du fait de qualifier des réserves de non valides.

8. En quatrième lieu, M. Kolodkin pense avec le Rapporteur spécial que l'alinéa *a* de l'article 19 des Conventions de Vienne ne concerne que les réserves qu'il est expressément interdit de formuler au sujet d'un traité. Et cette interprétation, comme il est observé à juste titre au paragraphe 26 du rapport, « est au surplus seule compatible avec le très grand libéralisme qui imprègne l'ensemble des dispositions de la Convention relatives aux réserves ». C'est pourquoi il appuie le projet de directive 3.1.1.

9. En cinquième et dernier lieu, les arguments avancés par le Rapporteur spécial dans les paragraphes 45 à 49 de son rapport semblent tout à fait logiques et fondés. C'est pourquoi la directive 3.1.2 « Définition des réserves déterminées », qu'il présente au paragraphe 49, semble pouvoir être utile.

10. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il tient comme tous les membres qui sont intervenus avant lui à exprimer sa satisfaction devant le travail accompli par le Rapporteur spécial. Comme à propos des définitions et des techniques d'élaboration, ce dernier est resté fidèle à la méthode retenue par la Commission depuis l'inscription du sujet des réserves aux traités à son programme de travail: pour répondre aux attentes des États, le Guide de la pratique doit se garder de remettre en cause les règles codifiées en la matière par les Conventions de Vienne qu'il a pour vocation d'expliciter afin d'en combler les silences éventuels. Cette norme méthodologique, reprise par le Rapporteur spécial puis mise en œuvre pour examiner les problématiques sous-jacentes aux conditions de validité et aux effets des réserves, a néanmoins son revers, à savoir qu'elle risque de constituer un frein au développement progressif. Il faut donc la manier avec précaution.

11. Le dixième rapport du Rapporteur spécial appelle des remarques essentiellement sur deux points: la question de la validité et la typologie des réserves.

12. S'agissant de la validité, cette question a déjà été abordée dans les précédents rapports mais c'est fort opportunément que le Rapporteur spécial la remet à l'honneur, car elle constitue en quelque sorte le soubassement de l'édifice à construire, qui doit en garantir la solidité. Pour être pertinente en l'occurrence, la notion de validité n'évoque en rien une quelconque opération intellectuelle de détermination de l'aptitude d'une réserve à produire les résultats recherchés par son auteur. Cette opération qui évoque un processus est extérieure à la validité ou indépendante de celle-ci. La validité est une qualité que doit revêtir la réserve elle-même et qui est attestée par sa concordance avec une norme de référence ou, à tout le moins, par sa conformité à cette norme. Elle répond à une exigence de régularité par rapport au système juridique qui pose la norme de référence, constituée en l'espèce par les Conventions de Vienne. Elle résulte d'une appréciation faite par l'auteur de la réserve ou d'une constatation émanant d'un tiers. L'appréciation à laquelle va se livrer l'auteur de la réserve fait présumer la validité de celle-ci. Mais une telle constatation peut aussi être postérieure à la formulation de la réserve et peut ainsi résulter de l'acceptation des autres États parties à la communauté conventionnelle ou émaner d'un tiers, par exemple un juge ou un arbitre. Les États « objectants » ont cependant eux aussi un rôle à jouer dans cette constatation de la validité ou de la non-validité.

13. Le format conceptuel de la validité ne se décline en fait qu'en trois variables pour être opérationnel. La première est constituée par la norme de référence, laquelle consiste dans le faisceau de prémisses que pose le droit international lui-même. En l'espèce, la norme de référence correspond aux Conventions de Vienne. La deuxième variable est constituée par la situation de fait, c'est-à-dire la réserve formulée par l'État ou l'organisation internationale. Enfin, la troisième variable est constituée soit par les objections formulées par les autres parties au traité et qui peuvent porter précisément sur la validité de la réserve, soit par la constatation émanant d'un tiers, juge ou arbitre, de la conformité ou de la non-conformité de la réserve formulée à la norme de référence.

14. Autour du concept de validité, trois séries de remarques s'imposent. Premièrement, la question de la validité des réserves ne relève pas essentiellement de l'ordre de la terminologie. Elle draine plutôt une problématique de fond, celle de savoir si les hypothèses envisagées aux alinéas *a*, *b* et *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne, qui limitent *ratione materiae* la faculté de formuler une réserve, sont liées ou, au contraire, différenciées quant à leur portée. C'est là un problème majeur, qui se pose en particulier à propos des réserves déterminées, des réserves autorisées, voire des réserves implicitement interdites quant à leur rapport au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité.

15. Deuxièmement, pour ce qui est du cadre de la détermination du régime juridique des réserves, la double controverse qui oppose les partisans de la validité à ceux de la licéité, d'une part, et les partisans de la permissibilité à ceux de l'opposabilité, d'autre part, n'est pas décisive en soi. En effet, la validité d'un acte juridique est l'une des exigences fondamentales de sa légalité; les notions de validité et de licéité entretiennent une relation d'exacte équivalence. Quant à la notion d'opposabilité, elle suppose plutôt une relation de causalité avec la notion de validité, car c'est parce qu'elle est conforme, ou présumée conforme, aux conditions posées par l'article 19 de la Convention de Vienne que la réserve est opposable à ceux qui l'auront acceptée. M. Pambou-Tchivounda souscrit donc entièrement au choix du Rapporteur spécial de retenir l'option la plus neutre (voir par. 5 et 8 du rapport).

16. Passant à sa troisième série de remarques, M. Pambou-Tchivounda relève tout d'abord que le Rapporteur spécial écrit que « le principe de la faculté de formuler des réserves constitue sans aucun doute un élément clé du régime de Vienne » (par. 16). Il se dit favorable à ce qu'une directive soit consacrée à ce principe, encore qu'il se demande s'il est opportun d'ériger cette « faculté » en « principe » (par. 17). Le projet de directive 3.1 est censé être le point de départ de toutes les directives par lesquelles devraient se décliner les problématiques inhérentes à la validité: problématique de compétence, mais aussi de forme et de fond. Du reste, si l'on accepte que la détermination de la validité soit un processus qui fait intervenir des tiers (État objectant au tiers déclarant), alors il faudra consacrer des projets de directive à la question. À ce propos, M. Pambou-Tchivounda se demande si la transposition, dans la troisième partie du Guide de la pratique, des projets de directive consacrés aux objections est pertinente, question à laquelle il n'a pas de réponse.

17. Le deuxième point sur lequel M. Pambou-Tchivounda souhaite faire des observations concerne la typologie des réserves établie par le Rapporteur spécial, qui mérite des éloges pour ce travail d'explicitation des limites *ratione materiae* de la faculté de formuler des réserves. Il en mérite d'autant plus qu'il a su étayer certains types théoriques de réserves par une prise en compte de la pratique internationale. Or, cette pratique est riche, mais elle est d'intensité variable, ce qui conduit à relativiser la pertinence des classifications ébauchées. En effet, sans cette prise en compte de la pratique, certains types de réserves se situent à la limite d'une simple construction de l'esprit. C'est le cas notamment des réserves implicitement interdites, dont on peut se demander si elles existent vraiment et qui sont définies pour ainsi dire *a contrario* des réserves autorisées (par. 34 à 49). On en déduit que si l'autorisation, ciblée ou conditionnelle, génère la détermination, notion avec laquelle elle s'identifie, il n'en va pas toujours ainsi, notamment lorsque l'autorisation est générale. Il faudrait donc se demander comment on pourrait qualifier de « déterminées » des réserves qui sont indéterminées par définition, parce que n'étant soumises à aucune limitation *ratione materiae*.

18. Le Rapporteur spécial n'a d'ailleurs pas perdu de vue ce type de situation, car il écrit au paragraphe 44 de son rapport qu'une « autorisation générale des réserves ne résout pas forcément tous les problèmes. Elle laisse notamment entières les questions de savoir si les autres parties peuvent néanmoins y objecter et si ces réserves expressément autorisées sont soumises au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité ». M. Pambou-Tchivounda répondrait par l'affirmative aux deux questions: dans le premier cas, parce que la faculté d'objecter est sauve du fait que le régime de Vienne n'assujettit sa mise en œuvre à aucune limitation, et, dans le deuxième cas, parce que la soumission de telles réserves au test de la compatibilité est inévitable, du fait qu'il s'agit d'une exigence inhérente à la validité même de la réserve. Le Rapporteur spécial le confirme au paragraphe 46 de son rapport en indiquant que les « réserves qui ne sont pas "déterminées" sont soumises à l'obligation de respecter le test de l'objet et du but du traité ».

19. Pour conclure, M. Pambou-Tchivounda fait observer que cette typologie, à la pertinence toute relative, n'a servi de support qu'à deux projets de directives, le 3.1.1 (par. 32) et le 3.1.2 (par. 49). Or, ces deux dispositions correspondent fort bien aux hypothèses des alinéas *a* et *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne, qui selon Paul Reuter constituent des « cas très simples »[4]. Il n'y avait peut-être pas lieu de les compliquer.

20. M. KABATSI dit avoir relevé qu'aux dires de M. Pambou-Tchivounda les directives sont censées combler les lacunes du régime de Vienne. Pour sa part, il n'est pas sûr que ce soit là l'objet du projet à l'étude, car tout ajout au régime de Vienne équivaudrait à une modification de ce régime. Il n'est d'ailleurs pas sûr non plus que le Rapporteur spécial se soit livré à ce type d'exercice

[4] « Solidarité et divisibilité des engagements conventionnels » in *International Law at a Time of Perplexity — Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 625, également reproduit dans *Le développement de l'ordre juridique international – Écrits de droit international*, Paris, Économica, 1995, p. 363.

dans ses différents rapports. Un éclaircissement de la part de M. Pambou-Tchivounda serait donc le bienvenu.

21. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA précise qu'il croit avoir parlé des « silences » de la Convention de Vienne, qui ne sont pas nécessairement des lacunes. Il a aussi indiqué que la règle méthodologique suivie pouvait jouer comme un carcan. Ce qu'il voulait dire c'est que la définition de la réserve donnée par le Rapporteur spécial ramassait en quelque sorte des éléments de la Convention de Vienne de 1969, de la Convention de 1978 et de la Convention de 1986. Or, cette lecture d'ensemble n'est pas une remise en cause du régime de Vienne. M. Pambou-Tchivounda relève toutefois que le projet de directive 3.1.2 contient comme une amorce de développement progressif.

22. Mme ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial pour son dixième rapport, qui est extrêmement fouillé et des plus analytiques. Elle considère toutefois que les longs débats que la Commission a consacrés à des questions de terminologie ne sont pas toujours très utiles. Pour sa part, elle serait favorable à l'emploi, dans la version anglaise, du terme « *permissible* » (licite), surtout au stade de la formulation des réserves, parce qu'il s'agit du terme le plus neutre. Le terme « *admissible* » ne convient pas car il implique certaines conséquences. Le Rapporteur spécial dit avoir choisi le mot qui lui paraissait le plus neutre, « validité », mais, selon Mme Escarameia, ce terme implique lui aussi que l'acte en question a certaines conséquences. Cela étant, elle ne serait pas favorable à ce que l'on remplace « validité » dans les projets de directive déjà adoptés, et ce, pour les raisons évoquées par M. Kolodkin.

23. En ce qui concerne la présomption de la validité des réserves, Mme Escarameia a l'impression, comme d'autres membres de la Commission, que pour le Rapporteur spécial la formulation de réserves est un synonyme des réserves elles-mêmes. Or, l'article 19 de la Convention de Vienne consacre le principe général de la licéité de la formulation des réserves et non celui de la validité des réserves. Ces deux notions ne devraient pas être confondues. Cela étant, Mme Escarameia souscrit au projet de directive 3.1 (par. 20), qui correspond à l'article 19 de la Convention de Vienne, et approuve la modification de son titre, qui a le mérite d'insister davantage sur le processus que sur le résultat.

24. En ce qui concerne les réserves interdites, Mme Escarameia fait observer qu'à côté des réserves qui sont expressément interdites il y a celles qui sont impossibles en raison de la nature du traité. Pensant notamment aux traités constitutifs d'organisations internationales, elle fait valoir qu'il serait inconcevable qu'un État devienne membre d'une organisation tout en formulant des réserves sur les compétences de ses organes principaux et le mandat général de l'organisation. Quoi qu'il en soit, les notions de « nature du traité » et « objet et but du traité » sont très proches. Qui plus est, une telle distinction ne serait nécessaire que si la Commission décidait d'établir un régime différent pour les réserves relevant de l'alinéa *a* et celles relevant de l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne.

25. Mme Escarameia souscrit au projet de directive 3.1.1 (par. 32), même s'il n'est pas aisé de distinguer entre les différents cas de figure. Quant au projet de directive 3.1.2 (par. 49), il lui paraît plus problématique. Ainsi, elle ne comprend pas ce qu'il faut entendre par le membre de phrase « devant répondre à des conditions spécifiées par le traité ». Cette formulation manque de clarté. Il faudrait plutôt dire que seules les réserves qui sont permises peuvent être formulées. Il serait donc nécessaire de remanier cette disposition, d'autant que certains membres y ont vu un développement du régime de Vienne.

26. Concernant le séminaire proposé par le Rapporteur spécial, Mme Escarameia s'étonne qu'aucun membre de la Commission n'en ait parlé avant elle (voir 2854e séance, *supra*, par. 89). C'est une excellente idée à laquelle elle souscrit sans réserve. Ce séminaire devrait réunir des représentants des organes de contrôle des traités relatifs aux droits de l'homme; idéalement, des représentants du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes devraient également y participer, car la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes est l'un des instruments qui a suscité le plus de réserves. Il serait donc souhaitable qu'au moins le Président du Comité puisse participer au séminaire. Les travaux devraient notamment porter sur le dixième rapport sur les réserves aux traités, sur le document de travail final établi en 2004 par Françoise Hampson (membre de la Sous-Commission de la protection et de la promotion des droits de l'homme)[5], et sur l'observation générale no 24 (1994) du Comité des droits de l'homme[6]. Enfin, le séminaire devrait durer au moins deux jours pour permettre des échanges de vues fructueux.

27. M. MANSFIELD félicite le Rapporteur spécial pour son étude approfondie de la question des réserves aux traités. Il trouve que les commentaires sont plus utiles que les projets de directive pour analyser l'article 19. À l'instar du Rapporteur spécial, il pense que le principe de la faculté de formuler une réserve n'est pas séparable des exceptions dont il est assorti, et qu'il faut donc reprendre l'article 19 dans sa totalité. M. Gaja a eu toutefois raison de relever que l'alinéa *a* de cet article ne parlait pas de réserves « expressément » interdites.

28. Concernant le projet de directive 3.1.1, le rapport laisse de côté une autre sorte de clauses de réserve, à savoir les dispositions qui interdisent toutes les réserves autres que celles expressément autorisées (par exemple par d'autres articles du traité). Le Rapporteur spécial les inclut probablement dans les clauses interdisant des réserves à des dispositions spécifiées, plutôt que dans celles interdisant certaines catégories de réserves. Quant au projet de directive 3.1.2, son libellé devrait être moins elliptique, comme l'a suggéré Mme Escarameia.

29. Comme le conclut le Rapporteur spécial au paragraphe 52, l'étude des effets d'une réserve formulée en

---

[5] E/CN.4/Sub.2/2004/42. Voir également le premier document de travail présenté par Mme Hampson (E/CN.4/Sub.2/1999/28 et Corr.1) et le « Tableau des réserves aux traités des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme » figurant dans le document paru sous la cote E/CN.4/Sub.2/2002/34.

[6] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément no 40* (A/50/40), volume I, annexe V, p. 138.

dépit d'une interdiction au sens de l'alinéa *c* ne saurait être dissociée de celle des conséquences d'une réserve contraire à l'objet et au but du traité. M. Mansfield estime que les projets de directive peuvent être renvoyés au Comité de rédaction, et appuie par ailleurs la proposition de séminaire évoquée précédemment.

30. M. FOMBA salue le rapport sur les réserves aux traités, question très technique qui exige d'être abordée du point de vue à la fois du théoricien et du praticien. Concernant les choix terminologiques, il convient que le terme « validité » a le mérite d'être neutre et de ne préjuger ni la réponse que la Commission apportera à la querelle de l'opposabilité et de la permissibilité, ni la question des effets de la formulation d'une réserve contraire aux dispositions de l'article 19. La présomption de validité des réserves découle du principe général qui veut que leur formulation soit autorisée; mais cette faculté de formulation est limitée *ratione temporis*, *ratione materiae* et *ratione personae*. On ne peut donc parler de « droit aux réserves »; la clause liminaire de l'article 19 ne reconnaît aux États que le droit (la faculté) de « formuler » des réserves. Mais on peut alors se demander quelle est la différence entre le « droit aux réserves » et le « droit de formuler des réserves ».

31. Le principe de cette faculté de formuler des réserves est cependant un élément clé du régime de Vienne et il convient de lui consacrer un projet de directive, qui reprenne la totalité de l'article 19 de façon à ne pas séparer ce principe des exceptions dont il est assorti. Le Rapporteur spécial propose de traiter séparément les trois conditions de validité des réserves énoncées à l'article 19, en abordant, d'une part, les hypothèses envisagées aux alinéas *a* et *b* et, d'autre part, celles envisagées à l'alinéa *c*, ce qui est logique. Il semble hésiter quant au titre de la directive: « Faculté de formuler une réserve » ou « Présomption de validité des réserves » (par. 16 du rapport), avant de retenir finalement la première solution (par. 20). Celle-ci établit un lien implicite entre l'idée de formulation et l'idée de validité. Si l'on considère au contraire qu'il faut rendre ce lien explicite, il vaut mieux parler de « Faculté de formuler une réserve valide » ou de « Formulation et validité d'une réserve ». Cette seconde option étant toutefois susceptible de soulever des difficultés, la proposition du Rapporteur spécial semble acceptable.

32. Le Rapporteur spécial fait observer à juste titre que les cas prévus aux alinéas *a* et *b* ne sont pas si simples qu'il y paraît; outre que toutes les hypothèses ne sont pas clairement couvertes, des problèmes peuvent se poser quant à la portée exacte d'une clause interdisant les réserves et aux effets d'une réserve formulée en dépit de cette interdiction.

33. Concernant la portée des clauses interdisant les réserves, on distingue entre l'interdiction expresse − celle envisagée à l'alinéa *a* − et l'interdiction implicite − celle envisagée à l'alinéa *b*. Si l'interdiction est claire, en particulier si elle est générale, aucun problème ne se pose (hormis celui de savoir si la déclaration constitue ou non une réserve). Mais l'interdiction peut être ambiguë ou partielle. Il convient de présumer que l'alinéa *a* couvre trois hypothèses: les clauses interdisant toute réserve, celles interdisant des réserves à des dispositions spécifiées, et celles interdisant certaines catégories de réserves. Le préciser n'est pas inutile et tel est précisément l'objet de la directive 3.1.1.

34. Concernant les interdictions implicites, la question se pose de savoir s'il faut consacrer un projet de directive à la portée de l'alinéa *b*. À cet égard, le Rapporteur spécial propose de définir l'expression « réserves déterminées » contenue dans cet alinéa, afin notamment de concilier les différentes thèses qui s'opposent sur le sens à lui donner: c'est l'objet de la directive 3.1.2 (par. 49). On peut admettre avec lui que les « réserves déterminées » doivent, d'une part, porter sur des dispositions particulières et, d'autre part, répondre à certaines conditions spécifiées dans le traité, mais sans aller jusqu'à exiger que leur contenu soit prédéterminé; on peut en outre se demander si une telle disposition permettra de supprimer toute difficulté d'interprétation.

35. M. MATHESON salue l'excellent rapport du Rapporteur spécial, dont l'idée directrice semble être que les réserves sont acceptées comme moyen d'encourager une adhésion aussi large que possible aux traités. Ce principe doit être à la base des travaux de la Commission.

36. Le choix des termes « valide/non valide » paraît approprié, du moins en anglais, mais il va de soi que si la terminologie pose problème dans les autres langues il faudra l'examiner plus attentivement. Le projet de directive 3.1 est approprié lui aussi; il peut sembler superflu en un sens, mais il constitue un cadre utile pour les directives suivantes. Le projet de directive 3.1.1 (par. 32) appelle quelques adaptations, comme l'a suggéré M. Gaja. Il convient notamment de préciser clairement que si un traité interdit les réserves à des dispositions spécifiées seules les réserves à ces dispositions sont expressément interdites; de même, si un traité interdit certaines catégories de réserves, seules les réserves entrant dans ces catégories sont expressément interdites. Il ne semble pas opportun d'inclure d'autres catégories. La directive 3.1.1 devrait traiter exclusivement des interdictions expresses, comme c'est le cas actuellement.

37. Il n'est pas certain en revanche que la directive 3.1.2 soit vraiment nécessaire. La définition qu'elle contient n'est pas claire: on peut se demander si elle s'applique au cas où un traité autorise une catégorie déterminée de réserves sans faire référence à des dispositions particulières; en outre, la version anglaise dit − littéralement − que les réserves « spécifiées » sont celles expressément autorisées par le traité à des dispositions particulières et devant répondre à des conditions « spécifiées » par le traité. Il conviendra d'éclaircir ce point si le projet de directive est retenu.

38. M. PELLET (Rapporteur spécial) relève un problème de traduction dans la définition du projet de directive 3.1.2. La version anglaise parle en effet de réserves « spécifiées » (« *specified reservations* ») devant répondre à des conditions « spécifiées » par le traité (« *conditions specified by the treaty* ») alors que le français original emploie deux termes distincts, parlant de réserves « déterminées » devant répondre à des conditions « spécifiées ». Le Comité de rédaction pourra certainement résoudre ce problème.

39. M. CANDIOTI salue à son tour l'excellent rapport sur les réserves aux traités. En ce qui concerne l'emploi du terme « validité », il pense qu'il s'agit davantage d'un problème de concept que d'une question de terminologie; il convient toutefois de le régler sans tarder sous peine de créer une grande confusion par la suite. À son sens, l'article 19 fait référence à un seul aspect de la validité d'une réserve; il n'emploie d'ailleurs pas les termes « valide », « non valide » ou « nulle », ne parlant que de réserves interdites ou autorisées. Le concept d'« admissibilité » semble plus approprié car une réserve admise, ou acceptée, n'est pas nécessairement valide. Il va de soi que l'interdiction entraîne l'invalidité, mais la validité d'une réserve tient à de nombreuses autres conditions, par exemple qu'elle soit formulée par un organe habilité à le faire, qu'elle ait un objet déterminé, qu'elle soit faite dans le délai imparti, qu'elle soit exprimée sous forme écrite, etc. Il serait donc imprécis d'intituler « Validité des réserves » ce qui ne traite finalement que de réserves interdites ou autorisées.

40. De même, il serait préférable d'éviter le terme « faculté », dont le sens est trop large, dans le titre de la directive 3.1 (par. 20), pour parler plutôt de « réserves interdites et autorisées ». Cela étant, le texte des projets de directive est dans l'ensemble approprié, et il peut donc être transmis au Comité de rédaction, avec les précisions apportées par les membres de la Commission, notamment celles de M. Gaja.

41. M. Sreenivasa RAO dit qu'on peut facilement déduire que, si un traité interdit les réserves à certains articles, il autorise *a contrario* celles qui portent sur les autres. En revanche, lorsqu'on cherche à déterminer ce qui est implicitement interdit ou autorisé en s'appuyant sur des critères tels que la nature du traité, les obligations qui doivent être exécutées ou acceptées par les parties ou les organes de contrôle qui ont été établis, on risque de pousser l'interprétation jusqu'à introduire une grande part de subjectivité. En effet, l'intention des parties au moment où elles ont conclu le traité n'est pas nécessairement claire. En outre, ce mystère doit être préservé afin de laisser aux États une certaine marge de manœuvre. Il importe donc de s'en tenir aux interdictions ou autorisations implicites pouvant être logiquement et raisonnablement déduites de ce que l'on sait de l'intention des parties au moment où elles ont conclu le traité.

42. M. GAJA estime que la section C du dixième rapport de M. Pellet représente une contribution majeure à l'étude du problème des réserves. Il soulève néanmoins un certain nombre de difficultés. Selon l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, le critère de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité n'entre en ligne de compte que dans les cas où une réserve n'est pas interdite d'après les alinéas *a* et *b* du même article. Il s'agit donc de réserves qui ne sont pas interdites, explicitement ou implicitement, par le traité. Le projet de directive 3.1.4 proposé par le Rapporteur spécial entend préciser que la question de la compatibilité ne se pose pas si la réserve a fait spécifiquement l'objet d'une autorisation dans le traité (par. 69). Si l'autorisation n'est que générale, ou si le traité ne contient pas de disposition relative aux réserves, la réserve sera au contraire soumise au critère de la compatibilité avec l'objet et le but du traité. Si telle est bien l'idée à retenir, il faudrait l'exprimer plus clairement. La formule « lorsque le traité autorise […] certaines réserves sans les déterminer » n'est pas heureuse (par. 70). Il faudrait plutôt se référer au cas d'une réserve qui n'est pas autorisée d'une manière spécifique dans le traité.

43. Le Rapporteur spécial entreprend par la suite la tâche immense d'énoncer quelques critères permettant de déterminer l'objet et le but du traité. Il est bien connu que ces deux notions extrêmement importantes ne sont pas définies dans la Convention de Vienne de 1969. Afin de définir l'objet et le but du traité, le projet de directive 3.1.5 se réfère aux « dispositions essentielles du traité, qui en constituent la raison d'être » (par. 89), ce qui n'est pas très éclairant. Du reste, si l'on utilisait cette définition − proposée, il est vrai, uniquement « aux fins de l'appréciation de la validité des réserves » − pour parler des violations substantielles d'un traité (art. 60 de la Convention de Vienne), on obtiendrait une formulation clairement inappropriée. En effet, selon l'article 60, paragraphe 3, alinéa *b* de la Convention de Vienne, une violation substantielle d'un traité est constituée par « la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation de l'objet ou du but du traité ». En transposant la définition proposée, on obtiendrait la formulation suivante: « … la violation d'une disposition essentielle pour la réalisation des dispositions essentielles du traité ». Or, si l'on voulait définir les notions de l'objet et du but, il faudrait le faire d'une manière qui soit utile, non seulement pour les réserves, mais aussi pour l'ensemble du droit des traités. Cela dit, il n'est pas certain que la Commission doive élaborer une telle définition.

44. Quant à la méthode préconisée pour déterminer l'objet et le but d'un traité, dans le projet de directive 3.1.6, le recours aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne a l'inconvénient d'ignorer le rôle très important que ces deux notions jouent dans l'interprétation du traité (par. 91). Là encore, il vaudrait mieux éviter d'énoncer une règle générale dans un projet de directive.

45. La partie la plus riche du rapport concerne ce que le Rapporteur spécial nomme la « mise en œuvre du critère », aux paragraphes 93 et suivants, c'est-à-dire la détermination de la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité. Cette question peut difficilement être résolue à l'aide d'un critère général et rigide, car la compatibilité dépend notamment du contenu de la réserve. En effet, celle-ci peut viser une modification mineure d'une certaine disposition, auquel cas elle peut se révéler compatible même si la disposition en question est essentielle pour la réalisation de l'objet et du but du traité.

46. Pour M. Gaja, il faudrait plutôt généraliser la formule relativement flexible figurant dans la deuxième partie du projet de directive 3.1.12, concernant les réserves à un traité général de protection des droits de l'homme, selon laquelle la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité dépend, entre autres, « de l'importance que revêt le droit faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité ou de la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve » (par. 102). Il serait sage de ne pas aller plus loin. Pour apprécier la gravité de l'atteinte, il faut évidemment être en mesure de saisir la portée de la réserve.

Si la réserve est « rédigée en termes vagues et généraux », comme il est dit dans le projet de directive 3.1.7, elle peut être incompatible avec l'objet et le but, mais pas nécessairement (par. 115). On gagnerait donc à se placer dans une optique différente, celle de la procédure. On se demanderait alors si une réserve rédigée en des termes vagues et généraux « vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application » à l'État réservataire, selon la définition figurant à l'alinéa *d* du premier paragraphe de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969.

47. M. Gaja partage l'idée qu'on ne peut pas considérer une réserve comme interdite au seul motif qu'elle viserait à préserver l'application de certaines règles de droit interne ou qu'elle porterait sur une disposition recoupant une règle de droit coutumier. Le projet de directive 3.1.8 est utile car il éclaire l'exigence de ne pas confondre la licéité de la conduite d'un État à l'égard du droit coutumier, d'une part, et l'acceptation d'une obligation conventionnelle parallèle au droit coutumier, d'autre part (par. 129). Contrairement à ce qui a été soutenu par le Comité des droits de l'homme dans sa célèbre observation générale n° 24, dont le passage pertinent est cité en note au paragraphe 122 du rapport, un État qui formule une réserve à une disposition d'un traité concernant la torture ne se réserve pas le droit de pratiquer la torture. Il souhaite seulement éviter d'ajouter une obligation conventionnelle à celle qui découle du droit coutumier ou du *jus cogens*. On comprend qu'une telle réserve puisse susciter la perplexité et se révéler incompatible avec l'objet et le but du traité, mais on ne peut pas dire en général que les réserves vis-à-vis de toute disposition correspondant à une règle de droit coutumier sont nécessairement invalides.

48. Un raisonnement similaire devrait porter à exclure qu'on considère nécessairement comme invalide une réserve qui porte sur une disposition correspondant à une règle de *jus cogens*. L'État qui émet une telle réserve n'entend pas préserver le droit de violer cette règle et encore moins affirmer l'obligation de le faire. L'interdiction des réserves à des dispositions énonçant une règle de *jus cogens* (projet de directive 3.1.9) ne devrait être catégorique que si, en modifiant l'effet juridique d'une telle disposition, l'État réservataire entend introduire une règle contraire au *jus cogens* (par. 146). Ce serait le cas si, à propos d'un traité qui prévoit un droit d'intervention, un État formulait une réserve pour préciser que l'intervention pourrait être faite, le cas échéant, en employant la force. Comme le fait remarquer le Rapporteur spécial, l'invalidité de la réserve découlerait alors de l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969 plutôt que de son incompatibilité avec l'objet et le but du traité.

49. M. Gaja ajoute que, même si la Commission risque d'avoir du mal à énoncer certaines règles sous la forme de projets de directive, l'analyse si riche de la pratique et les nombreuses observations contenues dans le dixième rapport du Rapporteur spécial serviront probablement de référence dans toute discussion future sur la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité.

La séance est levée à 13 heures.

2858e SÉANCE

Mercredi 27 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, Mme Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités (*suite*) [A/CN.4/549, sect. D, A/CN.4/558 et Add.1 et 2, et A/CN.4/L.665]

[Point 6 de l'ordre du jour]

DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*suite*)

1. Mme ESCARAMEIA dit que le dixième rapport est une merveille d'érudition, en particulier si l'on tient compte de la rapidité avec laquelle il a été élaboré. Il va au cœur de la question et, pour cette raison, mérite de donner lieu à un débat beaucoup plus long que celui qui est prévu dans le programme de travail de la Commission.

2. Se référant à la section C, Mme Escarameia déclare que la codification est effectivement possible dans le domaine des réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité: de fait, à la Sixième Commission, les États ont déclaré attendre avec impatience que la Commission se penche précisément sur cette question. Elle ne partage pas à cet égard l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle les Conventions de Vienne consacrent un système flexible en matière de réserves: au contraire, elle juge le régime en question extrêmement strict.

3. Afin de donner des indications claires aux lecteurs, les projets de directives 3.1.3 (par. 63 du rapport) et 3.1.4 (par. 69) devraient être réunis en un seul projet, 3.1.3/3.1.4 (par. 70). Mme Escarameia en approuve la teneur et est favorable à leur renvoi au Comité de rédaction. S'agissant de la notion d'objet et du but du traité, qui est au centre de l'étude, elle aurait souhaité que les deux termes « objet » et « but » soient analysés de manière plus approfondie. Pour elle, l'objet est le contenu essentiel du traité, et le but est l'objectif poursuivi. Toute réserve allant à l'encontre de l'un ou de l'autre ne doit pas être autorisée. Les deux vont souvent de pair, et dans le projet de directive 3.1.5 (par. 89), ils sont réunis dans l'expression « raison d'être ». Le projet de directive indique que l'aune à laquelle la validité des réserves doit être mesurée est constituée par « les dispositions essentielles du traité, qui en constituent la raison d'être », mais cela semble constituer un seuil indûment élevé. Une réserve peut aller à l'encontre d'une seule disposition qui, en elle-même, n'est pas une raison d'être du traité, et pourtant être extrêmement dommageable. Mme Escarameia préfèrerait que la proposition finale du projet de directive vise les

dispositions essentielles concernant le contenu du traité et les objectifs poursuivis.

4. S'agissant du projet de directive 3.1.6, elle approuve l'utilisation par le Rapporteur spécial des techniques d'interprétation prévues dans les Conventions de Vienne mais ne comprend pas pourquoi certaines de ces techniques ont été omises (par. 91). Pourquoi, par exemple, n'est-il pas fait mention des accords et instruments « ayant rapport au traité », visés au paragraphe 2 de l'article 31 des Conventions de Vienne? Pourquoi le Rapporteur spécial est-il réticent à utiliser les accords ultérieurs et la pratique ultérieurement suivie par les parties, comme le prévoit l'alinéa *b* du paragraphe 3 de l'article 31 de ces conventions? Des réserves peuvent être formulées non seulement au moment de la ratification, mais aussi au moment de l'accession, lorsqu'il existe déjà une pratique ultérieure suivie par les parties.

5. Le débat sur l'application du critère d'objet et de but a été particulièrement intéressant, mais il faut beaucoup plus de temps pour rendre justice au sujet. Pour cette raison, Mme Escarameia souscrit à la proposition d'organiser un séminaire avec les organes chargés de surveiller l'application des traités. S'agissant des réserves aux clauses de règlement des différends et aux clauses concernant la surveillance de l'application du traité, elle estime là encore que le seuil est trop élevé. Il est exagéré d'exiger que la disposition sur laquelle porte la réserve soit la « raison d'être » du traité: il est possible qu'il ne s'agisse que de l'une des dispositions essentielles. Dans le projet de directive 3.1.13, il conviendrait donc, à l'alinéa *i*, de remplacer les mots « constitue la raison d'être » par « constitue une disposition essentielle » (par. 99 du rapport).

6. Dans le projet de directive 3.1.12, sur les réserves aux traités généraux de droits de l'homme, le Rapporteur spécial se concentre sur les droits consacrés dans les traités en cause, mais une réserve peut aussi porter sur une disposition qui n'énonce pas un droit (par. 102). De nombreuses dispositions essentielles concernent des questions telles que la mise en œuvre des droits et la manière dont ils sont modifiés. Les dispositions sur la non-discrimination en sont un bon exemple. Mme Escarameia remplacerait donc les mots « le droit » par « la disposition » dans ce projet de directive.

7. Les réserves relatives à l'application du droit interne suscitent souvent des réactions négatives, non parce qu'elles concernent le droit interne, mais parce qu'elles sont formulées en termes vagues et généraux. Mais lorsque des États invoquent leur droit interne pour justifier une réserve, cette réserve est nécessairement vague et générale. Les États ne sont pas tenus de viser une disposition spécifique, et ils invoquent leur droit interne en général précisément pour que leurs réserves demeurent vagues et pour conserver un certain contrôle. Le projet de directive 3.1.11, tel qu'actuellement libellé, ne rend pas compte de cette situation. Il semble viser l'ensemble du droit interne en utilisant l'expression « préserver l'intégrité de son droit interne » (par. 106 du rapport). Un libellé plus précis est nécessaire, qui indiquerait que des réserves peuvent être acceptées si elles portent expressément sur une disposition spécifique du droit interne. Il est par ailleurs singulier de parler du « droit interne » des organisations internationales, et il serait préférable d'utiliser l'expression « règles internes », comme en matière de responsabilité des organisations internationales.

8. Le projet de directive 3.1.7 porte sur les réserves vagues et générales dont on ne peut déterminer la portée (par. 115 du rapport). Mais divers acteurs peuvent être appelés à procéder à cette détermination: d'autres États, des organes chargés de contrôler l'application du traité ou des tribunaux, par exemple. Le problème n'est pas que la portée ne peut pas être définie, mais qu'elle peut l'être différemment par différents acteurs.

9. Le raisonnement du Rapporteur spécial sur les réserves portant sur des dispositions énonçant des normes coutumières pose des difficultés à Mme Escarameia. Le Rapporteur spécial semble dire que le droit coutumier continue de s'appliquer entre l'État réservataire et les autres parties au traité, mais non comme une norme conventionnelle, parce que les États peuvent vouloir souhaiter exclure le contrôle des mécanismes de contrôle ou autres prévus dans le traité. Il semble toutefois à Mme Escarameia que le projet de directive 3.1.8 devrait indiquer plus clairement que le droit coutumier s'applique toujours entre l'État réservataire et les autres parties en raison de son caractère de droit coutumier, non en vertu du traité (par. 129 du rapport).

10. Elle appuie vigoureusement le projet de directive 3.1.9 sur les réserves à des dispositions énonçant des règles de *jus cogens* et est favorable à son renvoi au Comité de rédaction (par. 146). En ce qui concerne le projet de directive 3.1.10, si un traité dispose qu'un droit est indérogeable, ce droit est assurément un élément essentiel du traité et une réserve allant à son encontre irait à l'encontre de l'objet et du but du traité (ibid.). Des réserves peuvent toutefois être formulées non en ce qui concerne un droit, mais en ce qui concerne tel ou tel aspect du régime en question. Le projet de directive devrait le préciser.

11. En résumé, Mme Escarameia pense que les projets de directives 3.1.3, 3.1.4 et 3.1.9 peuvent être renvoyés au Comité de rédaction, mais qu'un groupe de travail doit être constitué pour examiner plus avant les autres projets proposés. Certaines catégories supplémentaires pourraient être envisagées, par exemple les réserves aux dispositions relatives à l'application des traités en droit interne.

12. M. KOSKENNIEMI dit que le rapport est complet, bien argumenté et équilibré, et constitue un tour de force, mais qu'il est aussi paradoxal. Précisément parce qu'il est exhaustif et équilibré, il démontre qu'il est impossible de réaliser les objectifs qu'il se fixe. Il souscrit pleinement à l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 91 de son rapport, selon laquelle l'objet et le but du traité doivent être déterminés de bonne foi, selon les techniques prévues aux articles 31 et 32 des Conventions de Vienne. Or, dès lors que le critère d'objet et de but est défini comme relevant de l'interprétation du traité, force est de conclure que, comme pour l'interprétation des traités en général, il ne peut être contrôlé par des règles ou définitions préétablies.

13. L'interprétation, comme le font observer d'innombrables manuels, est un art et non une science. Elle ne

peut être ramenée à des méthodes, règles, techniques ou illustrations, et toute tentative en ce sens créerait automatiquement un cercle vicieux, les termes ambigus ou généraux étant remplacés par d'autres, également généraux. Le Rapporteur spécial a assurément raison lorsqu'il affirme, au paragraphe 77, que l'objet et le but du traité renvoient à l'« essence » ou au « projet » du traité. Mais que signifient ces notions? Des expressions nouvelles, « raison d'être » et « noyau fondamental », apparaissent au paragraphe 89 du rapport. Ces expressions sont appropriées, mais entachées de la même incertitude sémantique que l'expression « objet et but ».

14. Il n'est certes pas totalement inutile de rechercher des synonymes à cette expression; au contraire, il faut le faire, et le Rapporteur spécial l'a fait avec beaucoup de brio pour démontrer que l'utilisation d'un libellé général n'est pas une erreur des rédacteurs ni une faute d'inattention qui peut être corrigée en remplaçant une série de mots par une autre. Non: les problèmes sont plus profonds, et tiennent à la nature de l'interprétation des traités et au rôle des traités dans l'ordre juridique international en tant qu'ils transforment l'intention des États parties en obligations formelles. Les traités expriment une intention, celle que les États souhaitent leur donner, et lorsque ces derniers ne précisent pas eux-mêmes quel est leur projet conventionnel, cette intention ne peut être remplacée par les spéculations y relatives des interprètes ou de la Commission.

15. Ceci ressort à l'évidence de l'avis consultatif rendu en 1951 par la CIJ sur les *Réserves à la Convention sur le génocide.* Il s'agissait pour la Cour de déterminer comment limiter la subjectivité inhérente à un système conventionnel pleinement consensuel qui menaçait de créer le chaos en permettant à chaque État de formuler les réserves qu'il souhaitait à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, et à chaque État de formuler des objections à chaque réserve ainsi faite, pour quelque raison que ce soit. Une telle subjectivité, de fait une telle politisation de la Convention, aurait ôté tout son sens à ce texte. La Cour devait trouver un critère ou une norme autre que l'intention des États pour déterminer quelles réserves pouvaient ou ne pouvaient pas être considérées comme valides. Elle a donc opté pour le critère de l'objet et du but: une réserve est invalide si elle est contraire à l'objet ou au but du traité. Une norme non subjective avait ainsi été établie qui permettait d'apprécier la validité des réserves.

16. Mais, bien entendu, ce n'est pas là toute l'affaire. Lorsque la Cour s'est ensuite demandée quels étaient l'objet et le but de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, elle a seulement pu dire qu'il appartenait à chaque État partie de le décider et que chaque État partie exerçait ce droit de le faire individuellement et de son propre point de vue. C'était revenir au point de départ: la signification et l'applicabilité de la norme objective étaient déterminées par référence à ce que les États voulaient subjectivement qu'elle soit. Pour échapper à l'anarchie des réserves illimitées, la Cour est tombée dans l'anarchie des interprétations illimitées. Le même schéma se répète encore et encore en droit conventionnel, du *jus cogens* à l'application du principe *rebus sic stantibus*. D'une part, il doit y avoir une norme autre que la volonté de la partie qui détermine ce que les parties peuvent légitimement vouloir; d'autre part, ce qu'est cette norme et comment elle peut être appliquée peut être déterminé uniquement en invoquant la volonté des parties. Tel est le volontarisme libéral du droit international.

17. Le Rapporteur spécial le reconnaît lui-même: au paragraphe 91, il déclare modestement que si les diverses solutions proposées pour remplacer le critère de l'objet et du but ne résoudront pas tous les problèmes, elles peuvent certainement contribuer à une solution si elles sont appliquées de bonne foi et avec un peu de bon sens. C'est peut-être le cas, mais cela n'est pas immédiatement évident. Les nouveaux termes ne règlent pas le problème d'interprétation, mais l'expérience d'une accumulation sans fin de nouveaux termes peut, avec de la « bonne foi » et « un peu de bon sens », amener l'interprète à une appréciation rationnelle de ce qui peut être acceptable pour les parties à tel ou tel traité. Finalement, tout dépend de la bonne foi et du bon sens, non de l'utilisation de termes, méthodes ou règles particuliers. M. Koskenniemi pense donc avec M. Gaja qu'aucune définition du critère de l'objet et du but ne semble nécessaire.

18. Le gros du rapport, à savoir les paragraphes 93 à 146, va au-delà des considérations purement linguistiques, et donne des exemples typiques de réserves contestées afin d'en tirer des conclusions. On dispose ainsi d'un excellent aperçu général de la situation en ce qui concerne la formulation des réserves et objections aux réserves par référence à trois catégories, à savoir certains types de dispositions conventionnelles, certains types de réserves et certains types de traités, à savoir les traités relatifs aux droits de l'homme.

19. S'agissant de la première catégorie, le Rapporteur spécial indique qu'il existe des dispositions conventionnelles auxquelles, par l'application du critère d'objet et de but, il serait parfois, peut-être toujours, impossible de faire des réserves. Il en distingue trois types: les clauses de règlement des différends et de contrôle de l'application du traité, les dispositions énonçant des normes coutumières et les dispositions énonçant les règles de *jus cogens* ou des droits indérogeables.

20. Une réserve à des dispositions de la première catégorie peut certes être contraire à l'objet et au but du traité mais pourquoi distinguer cette catégorie particulière? D'autres types de dispositions – même des dispositions institutionnelles – concernant, par exemple, le financement d'activités communes ou la création de commissions ou de comités de coopération technique peuvent être également ou plus importantes pour certaines des parties au traité. À l'opposé, il est fréquent que des dispositions relatives au règlement des différends soient insérées dans un traité parmi les clauses types, qui ne présentent guère d'intérêt pour les signataires. Ainsi, ce sont les dispositions de fond, et non les dispositions relatives au règlement des différends et au contrôle de l'application, qui intéressent les parties aux traités de coopération économique, d'aide au développement ou de transfert de technologies. M. Koskenniemi ne voit aucune raison de distinguer, parmi les nombreuses dispositions pouvant être jugées essentielles pour la réalisation du but du traité, les dispositions relatives au règlement des différends ou

au contrôle de l'application. De fait, insister sur l'importance de telles clauses pourrait dénoter un parti pris injustifié en faveur des activités juridiques, parti pris qui n'est peut-être pas largement répandu en dehors de la Commission. Il est impossible de savoir à l'avance quelles dispositions d'un traité sont cruciales pour son objet et son but. Comme l'avis sur les *Réserves à la Convention sur le génocide* l'a montré, c'est aux États qu'il appartient d'en décider, individuellement et de leur propre point de vue, et il n'y a guère de raison de supposer que les dispositions relatives au règlement des différends et au contrôle de l'application se verraient conférer la première place.

21. La deuxième objection à la démarche consistant à distinguer certaines dispositions est que très souvent un traité n'a tout simplement pas d'objet et de but uniques. Les États concluent des traités, spécialement des traités multilatéraux, avec des espoirs et des attentes différents, et des opinions différentes quant à ce qui est essentiel. Dans le cas de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, par exemple, certains États y sont devenus parties en raison du poids qu'ils attachaient à ses dispositions relatives à la navigation, d'autres à ses dispositions concernant la délimitation maritime, d'autres aux règles qu'elle énonçait sur l'extraction des minéraux marins ou le transfert de technologies. C'est précisément pour cette raison que la Convention n'autorise que des réserves précises.

22. Mais qu'en est-il des instruments comparables qui n'ont pas de telles dispositions? La plupart des traités multilatéraux apparaissent comme le résultat d'un compromis. Ils n'ont pas un objet et un but uniques, mais toute une série de buts formulés à l'issue d'un processus de concessions mutuelles touchant des intérêts contradictoires. Dans un traité sur l'environnement qui prévoit une assistance financière aux pays en développement, par exemple, ce sont les dispositions relatives à la protection de l'environnement qui expriment l'objet et le but du point de vue des défenseurs de l'environnement, alors que pour les États en développement ce sont les dispositions sur le financement ou le transfert de technologies. Souvent, des États deviennent parties à un traité multilatéral alors qu'une partie seulement du traité les concerne, mais de manière vitale.

23. Ainsi, il n'est pas possible de déterminer quelles dispositions d'un traité expriment son objet et son but et ne doivent donc pas faire l'objet de réserves si l'on n'a pas connaissance des travaux préparatoires et des attentes et des politiques qui ont amené les États à y souscrire, mais ces dispositions peuvent être différentes pour différents États et elles le sont dans le cas de nombreux traités de « concessions mutuelles ». Déclarer unilatéralement et a priori qu'une disposition ne peut pas faire l'objet d'une réserve et qu'une autre le peut constitue simplement une ingérence illégitime dans l'équilibre créé par l'ensemble de concessions mutuelles que représente le traité.

24. Pour ce qui est des traités énonçant des règles coutumières ou de *jus cogens*, M. Koskenniemi souscrit à l'observation de M. Gaja, à savoir qu'une réserve à un tel traité n'annonce pas nécessairement une violation de la règle coutumière ou de *jus cogens* concernée.

25. Les traités relatifs aux droits de l'homme constituent la catégorie la plus controversée, celle qui a donné lieu à l'échange le plus nourri de réserves et d'objections. Toutefois, comme M. Gaja, M. Koskenniemi doute qu'il soit opportun de les distinguer, pour deux raisons. Premièrement, ce qui constitue un traité relatif aux droits de l'homme n'est pas clair. Lorsque la Communauté économique européenne a été créée dans les années 50, par exemple, son objet et son but étaient d'établir une union douanière. Toutefois, dans les années 70 ou 80, la Cour de justice des Communautés européennes a décidé de réinterpréter les quatre libertés énoncées dans le Traité de Rome comme créant des droits fondamentaux. Ces droits font désormais partie intégrante du cadre conventionnel de l'Union européenne. Le Traité de Rome est-il donc un traité relatif aux droits de l'homme, bien qu'il n'ait pas été initialement conçu comme tel? Désigner des traités particuliers comme étant des traités relatifs aux droits de l'homme est arbitraire et limite la mesure dans laquelle une disposition conventionnelle conférant des droits ou des avantages aux individus peut être considérée comme une disposition relative aux droits de l'homme. Les propres projets d'articles de la Commission sur la protection diplomatique fournissent un exemple à cet égard[1].

26. Ce qui justifie que l'on réserve un traitement distinct aux réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme est le fait que l'idée qu'un traité est le résultat de concessions mutuelles est presque totalement inapplicable dans de tels cas. Ce qui donne sa force à une objection à de telles réserves n'est pas tant le fait qu'un traité relatif aux droits de l'homme est en cause que celui qu'un tel traité est conçu par les parties comme une entreprise commune dans la recherche d'un but unique. Toutefois, d'autres traités – sur la protection de l'environnement, la protection des ressources naturelles, l'aide au développement, la protection sociale, le droit du travail ou la circulation des personnes, pour ne citer que quelques exemples – sont aussi conçus comme des entreprises communes. De plus, il n'y a aucune raison de supposer que les traités relatifs aux droits de l'homme ne peuvent pas, parfois, être le résultat de considérations et d'attentes contradictoires, ou de marchandages. On ne peut exclure que l'accession à un traité de ce type soit motivée non par ses dispositions relatives aux droits de l'homme mais par le désir d'obtenir un avantage, généralement économique, subordonné à cette accession. Pourquoi un État ne serait-il pas autorisé à invoquer le critère de l'objet et du but pour formuler une objection à une réserve portant sur une telle disposition? Pourquoi un avantage dont une partie souhaite bénéficier en adhérant au traité ne pourrait-il être contesté, alors que les avantages dont bénéficie une autre partie pourraient l'être?

27. En dernière analyse, l'appréciation de l'objet et du but demeure fonction de telles considérations. Ceci ne signifie pas qu'il est impossible d'imaginer des traités dont toutes les parties sont réellement motivées par un objectif commun, et dans de tels cas une réserve à une disposition qui est essentielle pour la réalisation de cet objectif doit pouvoir être contestée au motif qu'elle est

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 19 et les commentaires y relatifs adoptés en première lecture par la Commission à sa cinquante-sixième session, voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. C.

contraire à l'objet et au but du traité. Les traités impliquant un engagement commun ne sont pas limités aux droits de l'homme – un domaine qui ne peut être délimité clairement, puisque tout accord international prévoyant des avantages – les traités bilatéraux d'investissement, par exemple – peut être décrit comme concernant la protection des droits privés des bénéficiaires.

28. Au premier abord, considérer les réserves relatives au droit interne et les réserves vagues et générales comme étant toujours contraires à l'objet et au but du traité semble raisonnable. M. Koskenniemi ne peut toutefois s'empêcher de penser qu'on les perçoit comme contestables uniquement lorsqu'elles reflètent l'un des deux critères qu'il vient d'identifier comme pertinents, à savoir qu'elles sont contraires soit à la raison même pour laquelle un État a conclu un accord, soit à l'entreprise commune que le traité visait à établir. Une réserve vague à une disposition accessoire n'est assurément pas contraire à l'objet et au but du traité. M. Koskenniemi ne voit donc pas de raison de faire du caractère vague ou des renvois généraux au droit interne des critères décisifs, quel que soit leur effet sur l'engagement commun ou les attentes des parties.

29. Si le dixième rapport du Rapporteur spécial est l'un des meilleurs que M. Koskenniemi ait lus depuis qu'il est à la Commission, sa valeur particulière tient au fait – comme il l'a déjà dit – qu'il sape ses propres conclusions. Guidant la Commission dans la jungle des arguments et considérations en vue de déterminer le sens de l'expression « objet et but », le Rapporteur spécial a défini la nature de cette évaluation comme une interprétation du traité. Toutefois, ce faisant, il a montré qu'aucune règle ou méthode générale ne peut avoir d'autorité indépendamment d'une évaluation de la nature de l'engagement commun que le traité vise à servir ou des attentes des parties. L'objet et le but sont ce qu'ils sont, tels qu'évalués par une lecture du traité et une tentative de comprendre ce que les parties ont pu vouloir réaliser en le concluant.

30. Cette démarche a conduit le Rapporteur spécial à mettre l'accent sur certains cas typiques. Ses analyses sont pertinentes et éclairantes, mais elles démontrent non pas tant la pertinence de sa classification que l'impossibilité de procéder à une telle classification sans s'attaquer aux principes sous-jacents qui affectent, ou devraient affecter, la conclusion et l'interprétation des traités. Ces principes sont, pour M. Koskenniemi, au nombre de deux. Premièrement, une partie ne devrait pas être autorisée à faire une réserve à un traité qui implique ce qu'il a appelé « un engagement commun », que ce soit dans le domaine des droits de l'homme, de l'économie, de la protection de l'environnement, de la coopération technique ou dans un autre domaine. À défaut, elle manquerait à la bonne foi. Deuxièmement, une partie ne devrait pas pouvoir décevoir les attentes légitimes d'une autre partie en formulant une réserve à une disposition à l'existence de laquelle l'adhésion de cette autre partie au traité était subordonnée. Là encore, ce principe semble être justifié par le critère de la bonne foi. En dehors de ces deux considérations, tout ce que la Commission peut offrir, et tout ce que le Rapporteur spécial a fourni, est un ensemble d'exemples montrant comment ces deux principes interviennent. Néanmoins, si on ne mentionne pas expressément ces principes, les exemples demeureront incompréhensibles, et on se demandera d'où vient leur autorité en tant qu'exemples.

31. Pour toutes ces raisons, M. Koskenniemi ne pense pas que des exemples soient nécessaires dans les directives. Tout ce qu'on peut dire est que l'objet et le but d'un traité sont ce qu'ils sont, et l'interprète doit se tourner vers le rapport du Rapporteur spécial pour comprendre qu'il est impossible de donner des critères et des indications claires pour les déterminer.

32. M. FOMBA note que le paragraphe 61 du rapport indique que l'ambition du Guide de la pratique est de fournir aux État des réponses cohérentes à l'ensemble des questions qu'ils peuvent se poser en matière de réserves. Cette indication devrait dissiper les craintes injustifiées qui ont été exprimées. L'objet du Guide de la pratique est de faciliter le processus de formulation, d'interprétation et d'application des réserves, qui constituent un instrument important de la vie juridique internationale. C'est ce que le Rapporteur spécial s'est efforcé de faire, en particulier dans son dixième rapport et, tout bien considéré, son entreprise est une réussite remarquable.

33. En ce qui concerne le projet de directive 3.1.3 (par. 63 du rapport), il est logique et important de préciser que les réserves qui sont implicitement autorisées doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité. Quant à la directive 3.1.4 sur les réserves non déterminées autorisées par le traité (par. 69), le raisonnement exposé aux paragraphes 65 à 68 est bien fondé, car de telles réserves doivent en effet être assujetties aux mêmes conditions générales que les réserves aux traités qui ne contiennent pas de clauses spécifiques, et leur validité doit être appréciée à la lumière de leur compatibilité avec l'objet et le but du traité. Ainsi, l'esprit et la lettre du projet de directive sont acceptables.

34. S'agissant du projet de directive 3.1.3/3.1.4 (par. 70), M. Fomba estime qu'étant donné la nature et l'objet du Guide de la pratique, et pour les raisons exposées par le Rapporteur spécial au paragraphe 71, deux directives distinctes seraient préférables. Quant au projet de directive 3.1.5 (Définition de l'objet et du but du traité), son libellé semble constituer un pas dans la bonne direction, sous réserve des difficultés que pourrait poser l'interprétation des mots « dispositions essentielles » et « raison d'être » (par. 89).

35. Lues ensemble, les directives 3.1.5 et 3.1.6 (par. 91) fournissent une définition générale, qui n'est certes pas idéale, de l'objet et du but et expliquent comment ils doivent être déterminés. Pour M. Fomba, il est légitime de transposer les principes énoncés dans les Conventions de Vienne. Pour ce qui est de la référence entre crochets à « la pratique ultérieurement suivie par les parties », tous les facteurs, critères et paramètres pouvant être pertinents doivent être pris en considération, notamment la pratique. Cette approche est justifiée par les mots « le cas échéant ».

36. Le projet de directive 3.1.13 pose le principe de la présomption de compatibilité, énonce deux exceptions clairement pertinentes et, là encore, semble constituer un pas sur la bonne voie (par. 99). Le projet de directive 3.1.12 (Réserves aux traités généraux de droits de l'homme) concerne un sujet difficile qui pose des

problèmes d'approche et d'interprétation (par. 102). Toutefois, faute de mieux, et étant donné que le libellé est assez flexible pour laisser une certaine latitude d'interprétation, il est acceptable.

37. En ce qui concerne le projet de directive 3.1.11, le point important est que l'État ou l'organisation internationale formulant la réserve ne doit pas utiliser son droit interne pour se soustraire à une nouvelle obligation internationale (par. 106). S'agissant du « droit propre » des organisations internationales, M. Fomba approuve le parallèle avec le droit interne des États. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial souligne que le droit interne doit être au service du droit international, et non le contraire; que les règles nationales sont « de simples faits » au regard du droit international (par. 105) et que l'objet d'un traité peut être de conduire les États à les modifier. Il est intéressant de noter que les médias ont récemment parlé d'une affaire concernant l'Allemagne et l'Union européenne, dans laquelle l'Allemagne a fait valoir que son droit interne était applicable alors que l'Union européenne affirmait que l'Allemagne devait mettre sa législation interne en conformité avec le droit de l'Union européenne.

38. Le projet de directive 3.1.7 (Réserves vagues et générales) repose sur la pratique de la Cour européenne et de la Commission européenne des droits de l'homme (par. 115). L'idée est que lorsqu'une réserve est libellée en termes trop vagues pour qu'il soit possible de déterminer sa signification et sa portée, elle doit être présumée incompatible avec l'objet et le but du traité, toujours en supposant que l'appréciation de l'objet et du but ne pose pas de difficultés de même nature. Sous réserve de cette observation, M. Fomba approuve le projet de directive.

39. S'agissant du projet de directive 3.1.8, M. Fomba pense comme le Rapporteur spécial qu'il n'y a pas de séparation absolue, mais un lien dialectique, entre sources conventionnelles et sources coutumières du droit international (par. 129). Une convention peut énoncer des règles coutumières, qui par leur nature ont pour effet particulier de lier tous les États, qu'ils soient ou non parties au traité. Il semble donc opportun d'appeler l'attention sur deux principes fondamentaux: la nature coutumière d'une règle énoncée par une disposition conventionnelle ne constitue pas en elle-même un obstacle à la formulation d'une réserve à cette disposition et, deuxièmement, une telle réserve ne doit pas porter atteinte au caractère obligatoire de la règle coutumière en question dans les relations de l'État ou de l'organisation internationale auteur de la réserve avec les autres États ou organisations internationales, qu'ils soient ou non parties au traité.

40. Enfin, le projet de directive 3.1.10 a sa place dans le Guide de la pratique (par. 146), car la catégorie des droits indérogeables est bien établie en droit international des droits de l'homme, et compte tenu de l'importance de ces droits et de la nécessité de préserver leur effet juridique.

41. En conclusion, M. Fomba se déclare favorable au renvoi des projets de directive au Comité de rédaction, qui devra tenir compte des principaux points de désaccord apparus au cours du débat. Il ne s'opposera toutefois pas à la création d'un groupe de travail sur le sujet, doté d'un mandat clair, si la majorité des membres y est favorable.

42. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial pour les efforts extraordinaires qu'il a faits pour aller au cœur du problème et offrir les meilleures directives possibles aux décideurs et aux praticiens. La tâche de la Commission est rendue encore plus difficile par le fait qu'elle dispose de si peu de temps pour débattre de ce qui est déjà un sujet complexe.

43. Le problème de définition envisagé au paragraphe 84 est au cœur du sujet. Après un examen attentif des diverses options, force est de conclure qu'il sera difficile de déterminer, du point de vue de la signification et de la portée, ce qui constitue exactement l'objet et le but d'un traité. C'est et cela demeurera une énigme, à laquelle les directives, aussi utiles soient-elles, n'apporteront pas de solution définitive.

44. Le projet de directive 3.1.5 sur la définition de l'objet et du but du traité est raisonnable (par. 89), mais il n'est pas toujours facile de décider ce qui est essentiel et ce qui ne l'est pas. On pourrait même faire valoir que des dispositions non essentielles deviennent parfois essentielles parce qu'elles contribuent à donner effet à des dispositions essentielles. Dans de tels cas, une situation absurde pourrait exister dans laquelle l'ensemble du texte serait considéré comme l'objet du traité et aucune réserve ne serait autorisée. La solution consiste à déterminer non la lettre mais l'esprit des dispositions conventionnelles.

45. Au paragraphe 2 du projet de directive 3.1.6, relatif à la détermination de l'objet et du but du traité, les mots entre crochets devraient être omis et la question traitée dans le commentaire, afin que le texte lui-même soit clair et facile à comprendre (par. 91).

46. Le projet de directive 3.1.12, sur les réserves aux traités généraux de droits de l'homme, pose toute une série de problèmes, et il est probable que le Rapporteur spécial n'aurait pu guère faire plus que de souligner l'importance du droit qui fait l'objet des réserves dans l'économie générale du traité et la gravité de l'impact d'une réserve sur ce droit comme critères pour apprécier la validité de telle ou telle réserve (par. 102). Toutefois, ces critères sont très généraux, et M. Rao se demande si, en pratique, il existe autre chose que le contexte et la situation spécifique qui puisse aider à parvenir à une conclusion sur la validité de ces réserves.

47. Quant aux projets de directives 3.1.11, sur le droit interne, et 3.1.7, sur les réserves vagues et générales, il suffit de noter qu'une fois encore le contexte est le guide ultime, et que chaque partie au traité doit permettre la réalisation de l'objet et du but de celui-ci de bonne foi, et s'abstenir de faire de telles réserves dont elle-même sait qu'elles sont contraires à cet objet et ce but. En cas de divergences d'opinions, des procédures de règlement des différends peuvent bien entendu être suivies.

48. Pour M. Rao, les observations du Rapporteur spécial sur le droit coutumier ne posent aucun problème. La distinction entre des règles coutumières énoncées dans une disposition conventionnelle et les réserves faites à une telle disposition ne dispense pas la partie des droits ou obligations découlant par ailleurs du droit conventionnel. M. Rao appuie donc le projet de directive 3.1.8.

49. En ce qui concerne le projet de directive 3.1.9, sur le *jus cogens*, il semble au premier abord qu'aucune directive n'est nécessaire: en droit commun, aucun traité violant le *jus cogens* ne peut être conclu; de même, toute disposition conventionnelle ou réserve à une telle disposition qui serait contraire au *jus cogens* est *ipso facto* inopérante en vertu de cette notion même. On pourrait aussi dire que les principes du *jus cogens* relèvent d'un ordre supérieur, auquel cas la Commission ne devrait pas les évoquer dans le cadre d'un débat sur les réserves. Pour M. Rao, le projet de directive 3.1.9 ne semble pas nécessaire, mais il est prêt à se rallier à l'opinion majoritaire si celle-ci est différente.

50. M. KEMICHA rend hommage au Rapporteur spécial pour son dixième rapport, qui constitue la pierre angulaire du projet de Guide de la pratique, en ce qu'il ne propose pas moins de 14 projets de directive. Les développements que le Rapporteur spécial consacre aux considérations terminologiques sont extrêmement convaincants, tout comme sa décision de revenir au terme « validité », qui présente l'avantage d'être neutre et de ne pas préjuger les réponses que la Commission donnera à un certain nombre de questions en suspens. Ayant noté que la validité des réserves doit être étudiée à la lumière de l'article 19 des Conventions de Vienne (par. 9), le Rapporteur spécial reproduit fort judicieusement l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986 dans le projet de directive 3.1 (par. 20).

51. Bien qu'il comprenne le raisonnement qui a amené le Rapporteur spécial à la définition des réserves déterminées qu'il propose dans le projet de directive 3.1.2 (par. 49), M. Kemicha en juge le libellé quelque peu ambigu, en particulier le membre de phrase « celles expressément autorisées par le traité à des dispositions particulières ». L'explication que donne le Rapporteur spécial au paragraphe 49 selon laquelle « les réserves déterminées […] doivent d'une part porter sur des dispositions particulières et, d'autre part, répondre à certaines conditions spécifiées dans le traité » est plus claire.

52. La section du dixième rapport, consacrée aux réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité, est extraordinairement riche et constitue, avec les projets de directive qui y figurent, une contribution majeure aux travaux de la Commission. Comme le Rapporteur spécial le fait à juste titre observer au paragraphe 55, la notion d'objet et but du traité constitue le point d'équilibre entre la nécessité de préserver l'essentiel du traité et la volonté de faciliter l'adhésion du plus grand nombre d'États possible aux conventions multilatérales. De plus, bien que ce critère reflète désormais une règle coutumière qui n'est pas contestée, son contenu demeure vague et une incertitude subsiste quant aux conséquences de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but.

53. À l'évidence, le projet de directive 3.1.3 est de la plus grande importance (par. 63), en ce qu'il dresse un dernier obstacle qui protège le traité de l'ingéniosité des États qui souhaitent faire certaines réserves pour se soustraire à une obligation énoncée dans un traité auquel ils estiment devoir accéder. Quant à la question posée par le Rapporteur spécial au paragraphe 71, il semble préférable, par souci de clarté, de ne pas réunir les projets de directives 3.1.3 et 3.1.4 en une seule directive mais de les maintenir distincts.

54. Dans les paragraphes 72 à 88, le Rapporteur spécial admet la nature essentiellement subjective de la notion d'objet et de but du traité, avant de distinguer la notion clé de raison d'être du traité dans le très concis projet de directive 3.1.5 (par. 89). Le projet de directive 3.1.6 transpose les principes d'interprétation énoncés aux articles 31 et 32 des Conventions de Vienne. Ces principes ont assurément leur place dans la Guide de la pratique, mais la référence qui figure entre crochets à la pratique suivie ultérieurement par les parties devrait probablement figurer dans le commentaire (par. 91).

55. Les projets de directives 3.1.7 à 3.1.13 traitent des problèmes pouvant se poser en ce qui concerne la compatibilité de six catégories de réserves, énumérées au paragraphe 95, avec l'objet et le but du traité. Le projet de directive 3.1.13 montre que les réserves à des clauses du traité relatives au règlement du différend et au contrôle de l'application du traité ne sont pas en elles-mêmes incompatibles avec l'objet et le but de ce dernier sauf dans deux cas, définis aux alinéas *i* et *ii* (par. 99).

56. Certains auteurs considèrent que le régime des réserves est totalement incompatible avec les traités de droits de l'homme. Dans le projet de directive 3.1.12, le Rapporteur spécial a adopté une approche plus modérée, mais d'aucuns pourraient dire que des expressions comme « l'économie générale du traité » et « la gravité de l'atteinte » demeurent trop vagues et ne protègent pas suffisamment l'intégrité des traités de droits de l'homme (par. 102).

57. Les réserves relatives à l'application du droit interne sont également complexes, et l'on pourrait être tenté d'appliquer le régime prévu à l'article 27 des Conventions de Vienne. Au paragraphe 105, le Rapporteur spécial rejette cette approche et adopte une position moins catégorique, bien que définie en termes assez ambigus. De plus, la syntaxe du projet de directive 3.1.11, dans laquelle une restriction est suivie par une double négation, en rend la lecture assez difficile (par. 106).

58. Comme indiqué dans le projet de directive 3.1.7, les réserves vagues et générales sont incompatibles avec l'objet et le but du traité (par. 115). Lorsque la portée d'une réserve est illimitée ou son caractère indéfini, les autres États ne peuvent déterminer dans quelle mesure l'État réservataire accepte les obligations que le traité met à sa charge.

59. S'agissant du projet de directive 3.1.8, l'analyse convaincante que fait le Rapporteur spécial de l'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* l'amène à poser que la nature coutumière d'une règle énoncée par une disposition conventionnelle ne constitue pas en elle-même un obstacle à la formulation d'une réserve à cette disposition (par. 128 et 129).

60. Le projet de directive 3.1.9 indique clairement que les réserves aux dispositions énonçant une règle du *jus cogens* ne sont pas autorisées (par. 146). Il serait utile d'indiquer dans le commentaire que cette prohibition ne découle pas de l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention

de Vienne mais, *mutatis mutandis*, du principe énoncé à l'article 53 de la Convention. Le Rapporteur spécial a raison de traiter les réserves à des dispositions à des droits indérogeables dans un projet de directive distinct, 3.1.10 (par. 146).

61. En conclusion, M. Kemicha souligne que le fait que ses commentaires sur le rapport ont été plus descriptifs que critiques tient à l'excellence et à l'exhaustivité de l'examen et de l'analyse brillants qu'a faits le Rapporteur spécial. Il recommande donc que les projets de directive soient renvoyés immédiatement au Comité de rédaction.

62. M. ECONOMIDES dit que la décision qui a été prise d'établir une liste distincte des membres qui souhaitent commenter le début du rapport de M. Pellet pénalise effectivement ces membres, puisqu'ils n'ont pas pu faire de déclaration avant la fin même du débat, alors que certains d'entre eux avaient demandé à être placés sur la liste des orateurs plusieurs jours auparavant.

63. Le PRÉSIDENT dit que la décision d'établir des listes distinctes a été prise à la demande du Rapporteur spécial et approuvée par l'ensemble de la Commission.

64. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que M. Economides et les autres membres n'ont pas été pénalisés. De fait, il est préférable de prendre la parole vers la fin du débat après avoir entendu les vues des autres membres. Il accordera la même attention à tous les commentaires dans son résumé du débat, quel que soit le moment auquel ils ont été faits.

65. S'agissant d'une question qu'il considère comme plus grave, le Rapporteur spécial relève qu'une fois encore les propositions du Rapporteur spécial ont été examinées une à une. La mode récente consistant à traiter de tout simultanément ne permet pas de tenir un débat digne de ce nom. C'est pourquoi il a proposé qu'à tout le moins les premières sections de son rapport, qui traitent de deux questions très différentes, soient examinées séparément. Il juge regrettable que de si nombreux membres aient souhaité faire simultanément des observations sur le début du rapport.

66. M. ECONOMIDES remercie M. Pellet pour la présentation brillante qu'il a faite de son dixième rapport sur les réserves aux traités. La section de ce rapport qui concerne l'incompatibilité avec l'objet et le but du traité est à n'en pas douter la meilleure étude de la doctrine en droit international actuellement disponible. Deux remarques générales s'imposent avant les observations sur le rapport dans son ensemble. Premièrement, le Rapporteur spécial n'a pas fait suffisamment pour ouvrir la voie au développement progressif du droit; il n'a pas non plus tiré toutes les conclusions qui s'imposaient en ce qui concerne la codification du droit positif. Deuxièmement, il y a un autre problème, celui des objections aux réserves. Certes, le rapport fait plusieurs références au fait que les États formulent rarement des objections aux réserves. Néanmoins, fort de son expérience, M. Economides estime que l'absence d'objections est généralement attribuable à des considérations politiques et non juridiques. Il serait donc erroné de faire de l'absence d'objections un critère.

67. S'agissant des observations plus spécifiques qu'appelle le rapport, M. Economides dit que la décision d'employer le terme « validité » ou « licéité » doit être ajournée jusqu'à ce que la Commission ait fini d'examiner les effets juridiques des réserves qui ne sont pas compatibles avec le droit conventionnel. Dans l'intervalle, l'utilisation provisoire du terme « validité », une notion que M. Pambou-Tchivounda a analysée avec beaucoup de profondeur, est acceptable.

68. Deuxièmement, il n'appartient pas à la Commission de prendre position sur la responsabilité internationale des États qui formulent des réserves illicites. Cette question doit être envisagée dans le cas du sujet de la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[2]. M. Economides ne souscrit donc pas aux vues exprimées aux paragraphes 6 et 7 du rapport.

69. Comme le Rapporteur spécial, il préfère la seconde version du projet de directive 3.1 (par. 20), qui reproduit le texte intégral de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986. Quant au titre, ni « Faculté de formuler une réserve » ni « Présomption de validité des réserves » ne semble approprié (par. 16). Peut-être « Limites à la formulation de réserves » le serait plus, en particulier parce que le mot « limites » est employé dans l'avis consultatif formulé par la CIJ en 1951 et dans l'arrêt qu'elle a rendu dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, cités aux paragraphes 55 et 117 du rapport, respectivement. Le terme « limites » est aussi plus conforme à la circonspection extrême en matière de réserves en général qu'appelle une lecture attentive de l'article 19.

70. En ce qui concerne le projet de directive 3.1.1 (par. 32), M. Economides ne souhaite proposer que quelques modifications d'édition mineures qui pourront être examinées par le Comité de rédaction, lequel pourrait aussi envisager de simplifier le libellé du projet de directive 3.1.2 (par. 49). Toutefois, un projet de directive additionnel, relatif aux réserves implicitement interdites, est également nécessaire, pour développer l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne et d'autres dispositions conventionnelles, y compris la Charte des Nations Unies, qu'a mentionnées M. Gaja.

71. Les projets de directives 3.1.3 et 3.1.4 posent davantage de difficultés (par. 63, 69 et 70), tout d'abord en raison de l'interprétation que le Rapporteur spécial fait de l'alinéa *b* de l'article 19, à savoir que, *a contrario*, si une réserve n'entre pas dans le champ d'application de l'alinéa *b* (du fait qu'elle n'est pas déterminée), elle est soumise au test de la compatibilité avec l'objet et le but du traité (par. 66). M. Economides estime quant à lui qu'une telle réserve est, tout simplement, implicitement interdite par l'alinéa *b*. Deuxièmement, toute réserve autorisée par un traité, qu'elle soit déterminée, pas clairement déterminée ou pas déterminée du tout, ne peut en principe être considérée comme incompatible avec l'objet et le but du traité. Pour cette raison, il propose de modifier le projet de directive 3.1.3/3.1.4 comme suit: « Lorsque le traité

[2] Voir *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), par. 7 du commentaire du projet de directive 2.1.8, p. 48, et l'article premier du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite (*Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 et 33 à 35).

n'interdit pas les réserves, expressément ou implicitement, ou ne mentionne pas les réserves, une réserve peut être formulée par un État ou une organisation internationale uniquement si elle est compatible avec l'objet et le but du traité. »

72. M. Economides n'approuve pas l'idée de faire l'économie des projets de directives 3.1.5 et 3.1.6 (par. 89 et 91). Le Comité de rédaction pourra assurément en améliorer le libellé, et dans un domaine où règne une incertitude totale, il serait préférable de disposer de directives sur la définition et la détermination de l'objet et du but du traité.

73. Le projet de directive 3.1.13 est trop rigoureux (par. 98), et beaucoup plus restrictif que la règle énoncée à l'alinéa *c* de l'article 19. Il est possible que dans certains traités de telles clauses soient les dispositions essentielles au sens du projet de directive 3.1.5. Soit sa portée doit être élargie, soit il doit être supprimé, afin que seule la règle générale s'applique. Toutefois, la Commission serait mal avisée d'ouvrir la porte aux réserves en ce qui concerne le règlement des différends.

74. Le projet de directive 3.1.12 doit être remanié afin d'énoncer une véritable présomption à l'encontre de telles réserves et de ne les autoriser que dans des circonstances exceptionnelles et limitées, lorsqu'elles sont d'importance secondaire dans l'économie générale du traité (par. 102).

75. Le projet de directive 3.1.11 (par. 106) n'ajoute rien à la règle générale énoncée à l'alinéa *c* de l'article 19 et devrait être remanié dans l'esprit de l'amendement présenté par le Pérou à la Conférence de Vienne, à l'effet que la réserve ne rende pas le traité inopérant en subordonnant son application, d'une manière générale et indéterminée, à la législation nationale (voir le paragraphe 109 du rapport). Ainsi modifié, ce projet de directive pourrait être utilement complété par le principe énoncé par la Commission européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Temeltasch c. Suisse*: « une réserve est de caractère général… lorsqu'elle est libellée d'une manière telle qu'elle ne permet pas d'en définir la portée » [par. 84 de l'avis, p. 133]. Les projets de directives 3.1.7 (par. 115) et 3.1.11 pourraient être réunis d'une manière ou d'une autre, étant donné leurs similarités évidentes.

76. M. Economides estime que l'on devrait inverser la règle énoncée au paragraphe premier du projet de directive 3.1.8 (par. 129): la nature coutumière d'une norme énoncée dans une disposition conventionnelle *devrait* constituer un obstacle à la formulation d'une réserve à cette disposition. Il y a plusieurs arguments en faveur de cette règle, la plupart exposés par le Rapporteur spécial. On pourrait aussi indiquer dans le rapport que la règle relève du développement progressif du droit plutôt que de sa codification. M. Economides relève de plus que la théorie de « l'objecteur persistant » (par. 120) n'a plus cours en droit international moderne.

77. Il approuve totalement le projet de directive 3.1.9 (par. 146). Toute réserve, quelle que soit son importance, doit être rejetée dans sa totalité si elle porte sur une règle du *jus cogens*, pour des raisons d'ordre public international. Enfin, le projet de directive 3.1.10 (par. 146) devrait être remanié de la même manière que le projet de directive 3.1.12 (par. 102). De telles réserves ne devraient être autorisées que dans des circonstances exceptionnelles, lorsque les dispositions concernées sont d'importance secondaire dans l'économie générale du traité.

78. M^me^ XUE dit que le dixième rapport sur les réserves aux traités, fruit de recherches poussées et d'une analyse approfondie, est d'une haute tenue intellectuelle et logiquement persuasif. La partie assez importante du rapport consacrée à l'histoire des travaux de la Commission sur les dispositions relatives aux réserves de la Convention de Vienne de 1969 contribue à mettre le sujet en perspective.

79. En ce qui concerne la terminologie utilisée, elle relève qu'en chinois les mots correspondants à « licéité » et « admissibilité » ont une connotation plus neutre que « validité », qui s'approche davantage de la substance du sujet. Elle n'a donc aucune difficulté à accepter le choix du Rapporteur spécial en la matière. Étant donné que la première partie du rapport vise à examiner les conditions de validité des réserves aux traités, il est légitime de commencer la troisième partie du Guide de la pratique en reproduisant intégralement le texte de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1986 dans le projet de directive 3.1. Comme il s'agit de l'élément de fond du nouvel énoncé du droit des réserves, il est important de réaffirmer la liberté ou le droit des États de formuler des réserves aux traités et, dans le même temps, la nécessité de préserver l'intégrité des régimes conventionnels.

80. Le projet de directive 3.1.1 définit trois types de réserves expressément interdites par le traité (par. 32). Le premier type est clair, et le deuxième ne pose pas non plus de problèmes. En théorie, Fitzmaurice a peut-être raison lorsqu'il dit dans son premier rapport sur le droit des traités que « lorsque le traité lui-même permet certaines réserves déterminées ou une certaine catégorie de réserves, il y a présomption que toutes les autres réserves sont exclues et ne peuvent être acceptées »[3] (cité au paragraphe 35 du rapport). Dans la pratique conventionnelle, si les termes du traité sont suffisamment clairs pour limiter les réserves à une certaine disposition ou à certaines dispositions, il est peu probable qu'un différend naisse à cet égard entre les parties contractantes. Toutefois, il peut y avoir des difficultés si les termes de la disposition pertinente sont ambigus ou trop généraux. Le troisième cas ne pose pas non plus de difficultés de principe. M^me^ Xue partage l'opinion de certains membres selon laquelle le libellé actuel du projet de directive 3.1.1 est différent de celui des alinéas *a* et *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne. L'alinéa *a* envisage une interdiction catégorique de tous les types de réserves à un traité, et l'alinéa *b* autorise la formulation de réserves à deux conditions: le traité doit prévoir que des réserves déterminées peuvent être faites, et les réserves ne peuvent porter que sur ces dispositions déterminées. Le projet de directive 3.1.1 n'énonce pas clairement la seconde condition.

81. Dans son principe, le projet de directive 3.1.2 ne pose pas de difficultés, mais deux points mineurs appellent des éclaircissements (par. 49). Premièrement, le terme « autorisée » est peut-être approprié à l'alinéa *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne, puisque la réserve est expressément autorisée par la disposition du traité. Dans le cadre

[3] *Annuaire… 1956*, volume II, document A/CN.4/101, p. 118.

de l'alinéa *c*, la situation est un peu plus nuancée. Dès lors que la réserve n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité, elle n'est pas interdite. Toutefois, peut-elle être considérée comme « autorisée », ou doit-on simplement dire qu'elle est « autorisée sous condition »? L'exactitude du terme « autorisée » est contestable car, comme l'indique le titre du projet de directive 3.1, la faculté des États de formuler des réserves n'est pas conférée mais inhérente, et elle ne peut être limitée que par le droit.

82. Deuxièmement, répondant à des questions concernant l'expression « devant répondre à des conditions spécifiées par le traité », le Rapporteur spécial a expliqué que le texte anglais ne correspondait pas exactement au texte français (voir la 2857e séance, *supra*, par. 37 et 38). Toutefois, malgré ces éclaircissements, Mme Xue considère que l'expression implique que, pour chaque réserve déterminée, il y a toujours des conditions, ce qui n'est pas vrai de nombreux traités. Comme il s'agit principalement de questions de rédaction, elle recommande que les trois projets de directives soient renvoyés au Comité de rédaction.

83. Les questions traitées dans la section C sont beaucoup plus importantes et touchent davantage le fond. Toutefois, comme la Commission n'a reçu la version anglaise de ce document que quelques jours auparavant, l'intervenante dit qu'elle ne fera que quelques observations générales. Étant donné l'importance de cette partie du rapport pour l'étude dans son ensemble, elle doit être examinée plus avant en session plénière.

84. Comme le Rapporteur spécial le note au paragraphe 55, la question de la compatibilité avec l'objet et le but est le point d'équilibre entre la nécessité de préserver l'essentiel du traité et la volonté de faciliter l'adhésion du plus grand nombre d'États possible aux conventions multilatérales. Comme l'a souligné M. Sreenivasa Rao, il faut non seulement de l'acuité juridique, mais aussi de la sagesse politique pour définir le critère de compatibilité.

85. Mme Xue approuve la disposition du projet de directive 3.1.3, selon lequel les États peuvent formuler des réserves autres que celles expressément interdites par le traité, dès lors qu'elles sont compatibles avec le but et l'objet de ce dernier (par. 63). Aussi bien le projet de directive 3.1.4 (par. 69) que sa variante, le projet de directive 3.1.3/3.1.4 (par. 70), semblent inutiles et tendent à obscurcir le sens de l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne en ce qu'ils semblent viser une catégorie distincte de réserves.

86. Il y a apparemment un lien logique entre les projets de directives 3.1.5 et 3.1.6 concernant l'objet et le but du traité, mais le libellé actuel ne fournit pas de définition utilisable de la notion, ni d'éléments objectifs permettant d'en déterminer la teneur. Le projet de directive 3.1.5 dispose qu'on entend « par objet et but du traité les dispositions essentielles du traité… » (par. 89). Le terme « essentielles » n'appartient pas à la terminologie conventionnelle ni juridique. Si ces dispositions essentielles « constituent la raison d'être » du traité, on peut dire que toutes les dispositions du traité, à l'exception de ses clauses finales, peuvent être considérées comme des « dispositions essentielles ». Cette interprétation ôterait beaucoup de son sens à l'argument. De même, dans le projet de directive 3.1.6, si les dispositions essentielles indiquent l'objet et le but du traité, ces dispositions doivent être examinées avant toutes les autres pour déterminer cet objet et ce but. Or, le projet de directive 3.1.6 prévoit que l'objet et le but du traité doivent être déterminés à la lumière du contexte, qui comprend le sens ordinaire, le préambule, les annexes et les travaux préparatoires du traité, ainsi que la pratique ultérieurement suivie par les parties (par. 91). Cette approche est contestable. Certes, il ne s'agit pas de dire que les règles d'interprétation des traités ne peuvent être prises en considération pour déterminer l'objet et le but d'un traité; elles sont au contraire extrêmement pertinentes. Le problème est que si l'objet et le but peuvent être déterminés en appliquant les règles d'interprétation, on voit mal pourquoi une définition de la notion serait nécessaire. De plus, si les règles d'interprétation peuvent faciliter la détermination de l'objet et du but, pourquoi ne renvoie-t-on pas directement à ces règles, au lieu de les appliquer de manière fragmentaire? Troisièmement, techniquement parlant, certains des éléments visés dans le projet de directive ne sont peut-être pas nécessaires pour déterminer l'objet et le but; par exemple, dans l'expression « la pratique ultérieurement suivie par les parties », le mot « ultérieurement » couvre la période qui s'écoule entre la date à laquelle l'État concerné est devenu partie au traité et le moment où le problème se pose. Ce terme peut être pertinent s'agissant d'interpréter les dispositions du traité, mais il ne devrait pas être pris en considération dans le cas d'une réserve, puisque les réserves ne doivent être formulées qu'au début de l'application du traité et lorsqu'il faut en déterminer l'objet et le but. Bien entendu, le Rapporteur spécial a raison de dire qu'il n'est pas du tout facile de réunir dans une formule unique tous les éléments qui doivent être pris en considération.

87. Dans la section consacrée à la mise en œuvre du critère (par. 93 à 146), on comprend mal pourquoi le Rapporteur spécial a distingué deux catégories de dispositions conventionnelles – à savoir le règlement des différends et les traités de droits de l'homme – pour lesquelles il propose des directives distinctes. Ces deux catégories peuvent être examinées dans le cadre général des règles relatives aux réserves. Le fait que davantage de réserves tendent à être formulées en ce qui concerne de tels traités ne signifie pas qu'ils posent un type particulier ou différent de problèmes juridiques qui ne peuvent être réglés par l'application du droit des traités existant. S'agissant d'évaluer la compatibilité de réserves à un traité relatif aux droits de l'homme avec l'objet et le but de ce traité, le Rapporteur spécial a retenu trois éléments: le caractère indissociable des droits énoncés dans le traité, l'importance que revêt le droit faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité et la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve. Ces critères sont peut-être également applicables à d'autres traités. Les directives suivantes, qui concernent les réserves relatives à l'application du droit interne, les réserves vagues et générales et les réserves portant sur des dispositions énonçant des règles coutumières, des règles de *jus cogens* ou des droits indérogeables, concernent inévitablement les deux types de traités. Il n'est donc pas réellement nécessaire de formuler des directives distinctes en ce qui les concerne.

88. Le Rapporteur spécial rejette de manière catégorique les réserves vagues et générales. Mais la notion de réserve vague et générale est elle-même vague et susceptible

d'une appréciation subjective. Le projet de directive en question [3.1.7] doit donc être réexaminé (par. 115).

89. M^me^ Xue approuve le projet de directive 3.1.11 sur les réserves relatives à l'application du droit interne, qui indique que ces réserves doivent être compatibles avec l'objet et le but du traité (par. 106). Peut-être faut-il réfléchir davantage à la relation entre les obligations internationales et le droit interne.

90. Les deux dernières catégories, les réserves portant sur des dispositions énonçant des normes coutumières, des règles du *jus cogens* et des droits indérogeables, sont plus complexes, parce qu'elles font intervenir des problèmes juridiques plus larges tels que celui des relations entre les sources de droit et les principes généraux du droit des traités, par exemple les articles 43 et 53 de la Convention de Vienne de 1969. Ces projets de directives [3.1.9 et 3.1.10] doivent donc également être examinés et étudiés plus avant (par. 146).

91. En conclusion, le dixième rapport constitue un défi intellectuel considérable, et mérite qu'on lui consacre plus de temps en session plénière.

92. M. YAMADA dit qu'il regrette de n'avoir pu consacrer le temps nécessaire à l'étude des trois premières sections du dixième rapport sur les réserves aux traités. Les commenter sans avoir pleinement digéré les très riches éléments qu'elles contiennent ne serait pas leur faire justice. Il réservera donc ses commentaires pour la cinquante-huitième session de la Commission.

93. Il faut néanmoins progresser dans l'élaboration du texte. M. Yamada n'a aucun problème, quant au fond, avec les projets de directives 3.1, 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 et 3.1.4, qu'il a pu examiner brièvement. Il espère que la Commission décidera de renvoyer ces cinq directives au Comité de rédaction pour examen durant la première semaine de la cinquante-huitième session.

94. M. PELLET (Rapporteur spécial), répondant à M. Yamada, dit qu'à son avis renvoyer les cinq projets de directives qu'il a mentionnés au Comité de rédaction constituerait une bonne solution de compromis. Il serait judicieux que la Commission renvoie des directives au Comité de rédaction pour de nombreuses raisons, ne serait-ce que parce que ce faisant elle faciliterait les travaux de sa session suivante. Le Rapporteur spécial comprend l'insatisfaction des membres de la Commission qui estiment qu'ils n'ont pas eu assez de temps pour étudier le texte et exprimer leur opinion, mais rien n'empêche la Commission de rouvrir le débat en 2006, à condition qu'il ait la possibilité de présenter, à la 2859^e^ séance de la Commission, les conclusions préliminaires qu'il a tirées du débat qui a eu lieu jusqu'ici.

95. S'il convient qu'il ne serait pas réaliste de renvoyer tous les projets de directive au Comité de rédaction, le Rapporteur spécial appuie vigoureusement la proposition de M. Yamada de lui renvoyer les cinq projets de directives qu'il a mentionnés. Il ne servirait toutefois à rien de renvoyer le projet de directive 3.1.2 au Comité sans lui renvoyer également les projets de directives 3.1.1 et 3.1.4.

96. M. CHEE dit qu'il lui faut davantage de temps pour étudier la fin du dixième rapport et qu'il réserve son droit de le commenter le moment venu. Les observations qu'il va faire concernent donc uniquement le début.

97. Les rapports du Rapporteur spécial sont toujours stimulants et riches d'enseignements sur les réserves aux traités. Le dixième rapport va au cœur du régime des réserves. Toutefois, comme un certain nombre de membres, M. Chee n'est pas sûr que l'expression « validité des réserves » soit heureuse, un doute exprimé en 1993 par la délégation du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord à la Sixième Commission, dont les vues sont citées *in extenso* par le Rapporteur spécial au paragraphe 4 de son rapport. Il considère donc que le terme « validité » est inapproprié, car il dénote l'acceptation de la réserve par les parties. De plus, le titre de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 vise la « formulation des réserves », non la « validité des réserves ».

98. M. Chee approuve le projet de directive 3.1, qui ne fait que reprendre la teneur de l'article 19 de la Convention de Vienne (par. 20), le projet de directive 3.1.1, compte tenu de l'explication qui figure au paragraphe 33, et le projet de directive 3.1.2 (par. 49), qui va un peu plus loin dans l'élucidation du sens de l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne. Ces trois projets de directive pourraient être renvoyés au Comité de rédaction.

99. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que le terme « validité » n'est pas le plus approprié dans le contexte des réserves. « Validité » renvoie essentiellement aux conditions dans lesquelles une réserve autorisée est formulée. Certaines de ces conditions sont formelles (comme celles énoncées dans les Conventions de Vienne, à l'article 19, en ce qui concerne le moment de la formulation, et à l'article 23, en ce qui concerne la procédure). Pour ces raisons, le projet de directive 3.1 est acceptable et le titre « Faculté de formuler des réserves » doit être conservé.

100. Le Rapporteur spécial a examiné la question de l'objet et du but du traité de manière très approfondie. Il a tenté de donner une définition de l'expression et d'indiquer comment déterminer cet objet et ce but. Comme d'autres membres, M. Rodríguez Cedeño pense personnellement que les deux termes sont complémentaires et constituent ensemble un critère unique visé dans un certain nombre de dispositions des Conventions de Vienne, comme les articles 18, 31, 41, 58 et 60.

101. Le projet de directive 3.1.5 définit la notion du point de vue de sa relation avec les dispositions essentielles du traité, qui constituent sa raison d'être (par. 89). Il est vital d'essayer d'élaborer une définition et la référence aux dispositions essentielles est importante, même s'il est difficile de déterminer quelles dispositions sont essentielles et quelle est la raison d'être du traité.

102. Le projet de directive 3.1.6, qui concerne la détermination de l'objet et du but du traité, énonce les règles d'interprétation applicables et comprend entre crochets une référence à la pratique suivie ultérieurement par les États (par. 91). L'objet et le but d'un traité peuvent très bien évoluer avec le temps, mais cette pratique doit être générale, acceptée par tous les États parties et assez claire pour montrer exactement quelle évolution a eu lieu.

103. S'agissant du projet de directive 3.1.13, sur les réserves portant sur les clauses concernant le règlement des différends et le contrôle de l'application du traité (par. 99), ces deux types de clauses sont tout à fait différentes; les unes concernent les différends potentiels touchant l'interprétation et l'application d'un traité, les autres le contrôle de l'application ou du respect du traité par les États parties. Les mécanismes qui interviennent ne sont pas non plus les mêmes. Les réserves portant sur des dispositions relatives au règlement des différends ne sont pas en elles-mêmes incompatibles avec l'objet du traité mais dans certains cas elles peuvent sembler l'être si les mécanismes de règlement peuvent être considérés comme des dispositions essentielles du traité. Par exemple, l'Accord portant création du Fonds international de développement agricole (FIDA) contient une clause d'arbitrage (art. 11, sect. 2) à l'inclusion de laquelle certains États, dont le Venezuela, se sont opposés[4]. Les partisans de cette clause l'ont défendue au motif que la nature du Fonds, une institution financière internationale, exigeait que l'on prévoie un mécanisme de règlement des différends capable d'adopter des décisions définitives et obligatoires qui régleraient complètement tous les différends pouvant survenir. Pour les opposants à cette clause, il était nécessaire d'inclure une disposition autorisant expressément les réserves relatives à ce mécanisme. Il est donc évident que les mécanismes de règlement des différends peuvent parfois être étroitement liés à l'objet et au but du traité et constituer ainsi des dispositions essentielles. Le texte du projet de directive pourrait peut-être être amélioré en indiquant clairement que toutes les réserves en question ne sont pas nécessairement incompatibles avec l'objet et le but du traité. Étant donné la différence entre les deux mécanismes, il pourrait même être possible de scinder la directive en deux directives distinctes.

104. S'agissant des réserves portant sur l'application du droit interne, elles ne peuvent être formulées que lorsque des normes fondamentales du droit interne sont en jeu. Pour des raisons constitutionnelles, par exemple celles invoquées par le Venezuela dans le cas du FIDA, un État peut n'être pas en mesure d'accepter le recours à un mécanisme international d'arbitrage et peut formuler une réserve. Une telle réserve peut néanmoins être interdite parce qu'elle porte sur une disposition essentielle du traité. Le projet de directive 3.1.11 doit être lu en même temps que le projet de directive 3.1.13, car les deux situations envisagées peuvent survenir simultanément.

105. En conclusion, M. Rodríguez Cedeño se déclare favorable au renvoi des projets de directives au Comité de rédaction.

106. M. MANSFIELD dit qu'il n'a pas l'intention de commenter la section C tant que la section D ne sera pas disponible en anglais. Il n'est pas encore possible de consacrer au problème à l'examen la réflexion sérieuse qu'il mérite. Étant donné la brièveté du temps alloué à l'examen du sujet à la session en cours, il est contraint de renvoyer ses observations à la session suivante de la Commission.

107. M. Mansfield est toutefois très satisfait que la Commission soit finalement parvenue au cœur du sujet, qui présente une importance pratique réelle. Il se félicite que le Rapporteur spécial ait permis à la Commission d'examiner le sujet sur la base d'un excellent rapport. Après une lecture même préliminaire de la section C, on ne peut qu'être impressionné par la qualité et la quantité des informations et des analyses qu'elle contient, et M. Mansfield est impatient de pouvoir l'examiner plus avant, en même temps que les questions connexes envisagées dans la section D, en session plénière ou dans le cadre d'un groupe de travail. Bien qu'il n'ait pas encore d'idées bien arrêtées, sa lecture préliminaire du rapport l'amène à partager certaines des préoccupations exprimées par M. Gaja, M. Koskenniemi et d'autres au sujet des principales directives proposées dans le document. Il ne conteste aucunement la valeur du rapport, et il estime que la Commission devra examiner très soigneusement les questions réellement fondamentales qu'il envisage avant de renvoyer l'une quelconque des directives proposées, à l'exception des deux premières [3.1 et 3.1.1], au Comité de rédaction.

108. M. KOLODKIN dit que, comme de nombreux autres membres de la Commission qui ont pris la parole avant lui, il aurait grandement souhaité prolonger le débat sur le chapitre II en plénière. Le sujet mérite réellement une analyse plus poussée et il ne veut pas limiter ses observations à quelques remarques ponctuelles. Il souhaiterait pouvoir examiner ce très intéressant document d'une manière approfondie et en commenter tous les aspects. Le meilleur moment pour ce faire sera la cinquante-huitième session de la Commission, en 2006.

109. Le PRÉSIDENT note que certains membres de la Commission ont exprimé le souhait de disposer de davantage de temps pour examiner le contenu de la section C du rapport. Il propose donc que le Rapporteur spécial résume le débat qui a eu lieu jusqu'alors à la prochaine séance plénière. Une décision pourra alors être prise quant à la poursuite de l'examen du rapport à la cinquante-huitième session.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 h 5.

2859e SÉANCE

Jeudi 28 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

---

[4] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1059, p. 323.

Les réserves aux traités *(fin)* [A/CN.4/549, sect. D, A/CN.4/558 et A/CN.4/558/Add.1 et 2, et A/CN.4/L.665]

[Point 6 de l'ordre du jour]

DIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à tirer les conclusions du débat qui a eu lieu à la Commission sur les réserves aux traités.

2. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il remercie tous les membres de la Commission qui ont pris part au débat, d'abord parce que, même si l'on s'en défend, il est toujours agréable d'entendre des compliments; ils n'en ont pas été avares et le Rapporteur spécial les en remercie. Ceci étant, il y a toujours quelque chose d'anesthésiant dans les éloges initiaux: on endort le patient pour mieux l'opérer en allant parfois jusqu'à lui enlever des organes vitaux et à le placer à vie dans un fauteuil roulant. Le Rapporteur spécial indique qu'il a parfois eu cette impression en écoutant les membres de la Commission, car si l'on excepte les cinq premiers projets de directives, c'est à une sorte « d'éviscération totale » qu'il faudrait procéder. En effet, si l'on prend les vues les plus extrêmes qui ont été exposées, il faudrait selon les uns se passer des projets de directives 3.1.5 et 3.1.6, qui seraient trop généraux, et se concentrer sur ceux qui suivent, tandis que pour les autres ce sont au contraire les directives 3.1.7 à 3.1.13 qui seraient superflues. Ces vues extrêmes ont été minoritaires et le Rapporteur spécial dit qu'il souhaite, avant d'entrer dans le détail des discussions qui ont lieu et d'indiquer les conclusions qu'il en tire, expliquer pourquoi il ne les partage pas.

3. Ce n'est bien sûr pas parce qu'il est sûr d'avoir toujours raison: il a accepté dans le passé que des projets de directive qu'il avait proposés passent « à la trappe », et il est toujours très ouvert aux critiques positives; il entend d'ailleurs montrer combien certaines suggestions positives lui ont paru fécondes. Il lui semble néanmoins que certains membres de la Commission perdent parfois de vue la fonction même de l'exercice. Comme l'a rappelé M. Fomba lors d'une précédente séance en se référant au paragraphe 61 du rapport, il ne s'agit pas d'élaborer une construction doctrinale abstraite, mais d'aider les États et les organisations internationales à fixer la conduite à tenir en matière de réserves, ceci en restant « dans les clous » de la Convention de Vienne de 1969 mais en essayant de trouver des solutions concrètes qui sont raisonnablement cohérentes et le plus généralement acceptables.

4. Ceci, pour le Rapporteur spécial, constitue un début de réponse au brillant exposé doctrinal présenté la veille par M. Koskenniemi, un exposé stimulant et intellectuellement tout à fait intéressant mais, pour le Rapporteur spécial, brillamment inutile. En effet, comme c'est souvent le cas avec la « nouvelle école critique », l'analyse à laquelle s'est livré M. Koskenniemi a brillamment mis en pièces non pas le rapport du Rapporteur spécial mais l'ensemble des projets de directive proposés, sans proposer lui-même aucune solution de remplacement. C'est en l'occurrence le Rapporteur spécial qui a dû faire l'effort de s'approprier positivement ces critiques. Il y a de plus une contradiction majeure dans ce qu'a dit M. Koskenniemi: à l'issue de l'exercice de « démolition » auquel il s'est livré, il n'en conclut pas moins contre toute attente que ce qu'il appelle les interprètes, à savoir les diplomates, arbitres ou juges, devront à l'avenir se référer au rapport du Rapporteur spécial. Ceci montre qu'il est utile pour les États de pouvoir être guidé par quelque chose, sûrement pas dans les termes précis proposés par le Rapporteur spécial, mais au moins dans les directions qu'il essaie d'indiquer. Et la voix de la Commission qui se fait entendre à travers les directives qu'elle adopte après un travail collectif d'évaluation et les commentaires dont elle assortit ses directives est sûrement plus autorisée que la seule voix du Rapporteur spécial.

5. La brève intervention faite par M. Mansfield à la séance précédente appelle la même remarque. Peut-être le rapport, et plus encore les commentaires des directives, sont-ils plus utiles que les directives elles-mêmes, mais encore faut-il trouver un point d'ancrage à ces commentaires. La Commission n'écrit pas un ouvrage de doctrine sur les réserves: comme elle l'a décidé dès 1996, elle rédige un guide de la pratique composé de directives assorties de commentaires[1]. Les directives sont en quelque sorte le point d'ancrage, l'introduction, le support indispensable des commentaires et il ne peut y avoir de commentaire s'il n'y a rien à commenter.

6. S'agissant d'une autre catégorie de remarques de caractère général, le Rapporteur spécial fait observer que la matière qui figure dans les parties du rapport que la Commission a commencé à examiner est sans aucun doute très délicate, comme l'ont souligné plusieurs membres, et suscite de ce fait la controverse. Dès lors, il est normal que des points de vue opposés se soient exprimés, même si dans l'ensemble ils se sont exprimés en termes presque toujours nuancés. Certains membres ont reproché au Rapporteur spécial sa frilosité − il aurait à peine codifié et sûrement pas développé progressivement −, alors que pour d'autres, au contraire, il se serait montré excessivement aventureux, ne serait-ce que parce qu'il a suggéré que les traités généraux relatifs aux droits de l'homme pouvaient poser des problèmes particuliers et méritaient une attention spéciale. Le Rapporteur spécial dit qu'il comprend le point de vue des uns et des autres et qu'après une longue fréquentation de la littérature sur les réserves et des travaux préparatoires des Conventions de Vienne il se sent en mesure de donner des arguments supplémentaires aussi bien aux premiers qu'aux seconds. Cette longue fréquentation lui a néanmoins appris que la vérité juridique du sujet était sans doute intermédiaire et moins déterminée que ce que les uns ou les autres voudraient qu'elle soit. La Convention de Vienne de 1969 penche plutôt dans le sens non pas d'un encouragement mais d'une large tolérance en matière de réserves. Le fameux amendement polonais évoqué lors de la présentation du rapport en témoigne[2]. Même si l'on se réclame d'une conception plus « progressiste », c'est-à-dire plus restrictive en matière de validité

[1] *Annuaire… 1996*, vol. II (2e partie), par. 105 et 112, p. 84 et 85.

[2] *Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.68.V.7), 70e séance, par. 16, p. 452, voir aussi, ibid., *Documents de la Conférence* (publication des Nations Unies, numéro de vente: F.70.V.5), document A/CONF.39/14, p. 145.

des réserves, il faut prendre ce fait juridique en considération. Quant aux conservateurs, ceux qui plaident pour une large liberté en matière de réserves, le Rapporteur spécial espère qu'ils voudront bien comprendre que la Convention de Vienne laisse tout de même la porte ouverte à des évolutions et que, sauf à livrer un combat d'arrière-garde, la Commission doit, en respectant ladite Convention, se montrer attentive aux aspirations de la société civile, surtout en matière de droits de l'homme, que relayent un certain nombre d'États et qui se traduisent par certaines pratiques qu'il faut prendre en compte. C'est en fonction de ces considérations modérées et de « juste milieu » que le Rapporteur spécial a établi son rapport et rédigé les 14 projets de directives qu'il présente dans les trois premières sections. Et c'est en restant fidèle à cette ligne qu'il a l'intention de réagir plus précisément aux propositions faites, ce qui ne signifie pas qu'il entende s'accrocher aux rédactions qu'il propose, car il a tiré parti de nombre des critiques positives exprimées.

7. En ce qui concerne la question de la validité, dont on a souligné à juste titre qu'elle dépasse de beaucoup un simple problème terminologique, le Rapporteur spécial indique qu'il y attache une grande importance. Ce n'est pas en effet un problème qui opposerait le français à l'anglais, même s'il est plus facile à résoudre dans cette dernière langue. Les intervenants ont pris des positions variées sur cette question. Une majorité, au nombre de laquelle M. Gaja, M. Kamto avec des précisions très intéressantes, M. Rao, M. Pambou-Tchivounda lui aussi avec des précisions intéressantes, M. Mansfield, M. Fomba, M. Matheson, M. Kemicha, M. Economides et Mme Xue se sont ralliés, et pour certains résignés, aux vues exprimées aux paragraphes 2 à 8 du rapport à l'examen, sous réserve du problème de la licéité pour M. Economides. Malgré ceci, et aussi en prenant en considération certaines des remarques du courant majoritaire, qui admet le bien-fondé de la demande du Rapporteur spécial tendant à ce que l'on parle de validité des réserves, le Rapporteur spécial a de nouveau en partie changé d'avis sur ce point. En premier lieu, il n'est pas prêt à accepter l'argument d'autorité avancé par M. Chee: quel que soit le respect qu'il ait pour le conseiller juridique britannique et Sir Derek Bowett, il ne suffit pas que ces éminents praticiens disent quelque chose pour qu'ils aient toujours raison, et le Rapporteur spécial rappelle qu'il a examiné leur point de vue longuement dans son rapport (par. 4 à 7) et qu'il n'a rien à changer à ce qu'il y dit. Le Rapporteur spécial n'est pas non plus très sensible à la position de M. Economides, et peut-être de M. Pambou-Tchivounda, pour lesquels il serait urgent d'attendre: il ne croit pas en effet que, pour définir la validité, il faille savoir quels sont les effets des réserves. La question de la validité se pose en amont, par définition, comme l'ont souligné M. Kamto et M. Pambou-Tchivounda. Un texte juridique qui n'est pas valide ne peut produire les effets que son auteur en attend. M. Pambou-Tchivounda a tort, à cet égard, d'assimiler validité et licéité, ce dernier terme renvoyant au droit de la responsabilité. La raison essentielle qui a amené le Rapporteur spécial à nuancer la position qu'il a prise dans son rapport et qui a été soulignée notamment par M. Kamto, M. Fomba, M. Candioti et M. Rodríguez Cedeño, c'est que la validité n'est pas une question de fond uniquement, mais aussi une question de forme. Selon le *Dictionnaire de droit international public* de Jean Salmon, la validité est la qualité des éléments d'un ordre juridique qui remplissent les conditions de forme ou de fond pour produire des effets juridiques[3]. Plus sommairement, le *Black's Law Dictionary* définit la validité comme ce qui est « *legally sufficient* »[4]. Il faudrait donc soit modifier l'intitulé du chapitre III du Guide de la pratique pour le limiter à la validité au fond ou validité matérielle des réserves, soit adopter un projet de directive 3, qui rappellerait qu'une réserve n'est valide que si elle remplit les conditions de fond et de forme imposées par les Conventions de Vienne et précisées par le Guide de la pratique. C'est cette solution qui pour l'instant a la préférence du Rapporteur spécial. Cette possibilité lui paraît liée à la présentation du chapeau d'une disposition qu'il considère comme fondamentale dans le droit des réserves, à savoir le paragraphe 1 de l'article 21 de la Convention de Vienne, selon laquelle une réserve est établie à l'égard d'une autre partie conformément aux articles 19, qui renvoie aux conditions de validité au fond, 20, qui renvoie aux conditions d'opposabilité, et 23, qui renvoie aux conditions de forme, mais les directives reprenant cette disposition et qui en découlent ne seront présentées que plus tard.

8. Il n'en reste pas moins que le Rapporteur spécial en est arrivé pour l'instant aux conclusions suivantes: premièrement, en français, et en français seulement, le mot « validité » renvoie pour les réserves aux conditions de forme de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969 telles qu'elles sont précisées dans le chapitre II du Guide de la pratique et aux conditions de fond de l'article 19. Une réserve qui ne répond pas à l'ensemble de ces conditions n'est pas « valide ». Deuxièmement, les conditions de l'article 19, qui devraient être reprises dans la directive 3.1, ne concernent que les conditions de validité de fond. Troisièmement, quant au mécanisme de l'article 20, il conditionne non pas la validité de la réserve, mais son opposabilité.

9. Pour ce qui est des textes arabe, chinois, espagnol et russe, le Rapporteur spécial dit qu'il laisse aux membres parlant ces langues le soin de proposer les solutions les plus appropriées dans chacune d'elles en tenant compte du rapport et des débats auxquels il a donné lieu, et qu'il a pris bonne note des observations de M. Kolodkin et de Mme Xue en ce qui concerne la traduction russe et la traduction chinoise du mot français « validité ». Pour ce qui est de l'anglais, il possède un mot commode, à savoir « *permissible* », et le Rapporteur spécial pense, comme M. Kolodkin, que ce mot définit assez bien le contenu de l'article 19. Si l'on revient au français, cela pose un problème, car le mot « *permissible* » n'existe tout simplement pas. La seule traduction qui semble convenir, faute de mieux, est « permis », étant entendu que le Rapporteur spécial n'a toujours pas de substantif unique pour désigner en français la validité de fond, ou matérielle, de la réserve. Il propose néanmoins de conserver en français et en anglais l'intitulé « Validité des réserves » comme titre de la troisième partie du Guide de la pratique, à condition, deuxièmement, de prévoir plus tard que cette expression couvre à la fois les conditions de forme et de fond, même si les seules conditions de fond seront développées dans

[3] Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 1126.

[4] Garner, Bryan (dir. publ.), 8e éd., St Paul (Minnesota), West Group, 2004, p. 1586.

cette partie, puisque celles de forme et de procédure le sont dans la seconde.

10. Troisièmement, dans le projet de directive 1.6, « licéité » dans le texte français et « *permissibility* » dans le texte anglais seraient remplacés par « validité » et « *validity* ». Par contre, si intellectuellement M. Kamto a raison de signaler que l'effet de l'invalidité est d'empêcher un instrument juridique de produire ses effets, pour le Rapporteur spécial, cette remarque, exacte en soi, ne doit pas avoir de conséquences en ce qui concerne la rédaction du projet de directive 1.6, qui ne lie pas validité et effets, mais indique simplement que les définitions figurant dans la première partie du Guide de la pratique sont sans préjudice de la validité, et non plus de la licéité, puisqu'il s'agit à la fois de la forme et du fond, et des effets des déclarations unilatérales définies dans le Guide. Pour le Rapporteur spécial, ceci est neutre et devrait être maintenu.

11. Quatrièmement, en ce qui concerne le projet de directive 2.1.8, sur la procédure en cas de réserve manifestement illicite, ce dernier mot demeurant entre crochets, il faudrait se référer à la non-validité et peut-être pourrait-on intituler ce projet de directive « Procédure en cas de réserve manifestement dépourvue de validité » et en libeller le paragraphe 1 comme suit: « Lorsqu'une réserve n'est manifestement pas valide de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui motive, à son avis, cette non-validité.» Comme il y a là un problème de rédaction, ce projet de directive pourrait être renvoyé de nouveau au Comité de rédaction, étant entendu qu'il ne s'agit pas de revenir sur quelque chose qui aurait déjà été décidé, puisque au contraire la Commission avait expressément décidé de reconsidérer la question[5]. Les commentaires des projets de directives 1.6 et 2.1.8 devront être adaptés en conséquence.

12. Cinquièmement, ceci conduit à s'interroger sur le titre à donner au projet de directive 3.1. À cet égard, le Rapporteur spécial rappelle, pour rassurer ceux qui, comme MM. Kamto, Kolodkin et Pambou-Tchivounda, s'en sont inquiétés, qu'il a abandonné l'idée d'un projet de directive distinct concernant la faculté de formuler une réserve ou la présomption de validité des réserves comme cela ressort clairement des paragraphes 17 et 18 du rapport. Il n'y a donc pas lieu de s'arrêter davantage sur cette question. Par contre, le Rapporteur spécial est d'accord avec les intervenants qui ont critiqué le titre qu'il a proposé: « Faculté de formuler une réserve » (par. 20), car il ne met l'accent que sur une partie de la question, même si, comme l'a souligné M^me^ Xue, il s'agit d'un aspect important. M. Rodríguez Cedeño a proposé comme titre « Formulation des réserves », libellé qui a le grand mérite d'être le titre de l'article 19 des Conventions de Vienne que le projet de directive 3.1 reproduit purement et simplement. Mais le Rapporteur spécial ne croit pas que l'on puisse adopter cette solution, car le terme « formulation » a déjà été utilisé, notamment comme titre du projet de directive 2.1.3 et, pour le Rapporteur spécial, il ne faut pas revenir là-dessus. Le mot « formulation » renvoie bien davantage à la forme et à la procédure qu'aux conditions de fond qui forment tout de même la substance de l'article 19. Bien qu'il n'y soit pas radicalement hostile, le Rapporteur spécial considère en outre que la proposition de M. Kolodkin, soutenue par M^me^ Escarameia et M^me^ Xue, qui consisterait à intituler la directive 3.1 « Droit de formuler une réserve », pose quelques problèmes. Il en va de même de la proposition de M. Economides « Limites à la formulation des réserves ». M. Fomba a proposé « Formulation et validité » et, pour la même raison, le Rapporteur spécial n'est guère enthousiaste à l'idée d'utiliser « formulation » dans le titre. Il serait sûrement préférable de suivre une suggestion de M. Kolodkin et de M. Candioti, qui proposent de dire en anglais « *Permissible reservations* », ce qui donnerait en français « Réserves permises » ou « Validité matérielle des réserves ». Il s'agit cependant d'un problème de rédaction, et personne ne semble s'opposer au renvoi du projet de directive 3.1 au Comité de rédaction. M. Gaja a donné une raison tout à fait convaincante pour la suppression de la mention du moment auquel une réserve peut intervenir, mais sa proposition n'a, sauf erreur, pas reçu de soutien de la Commission. Ceci étant, si la Commission considère que la partie 3, et assurément le projet de directive 3.1, sont limités à la validité matérielle des réserves, cette proposition n'est pas dépourvue de mérite, et le Comité de rédaction devrait y réfléchir.

13. En ce qui concerne le projet de directive 3.1.1, le renvoi au Comité de rédaction ne s'est heurté à aucune objection de principe, mais c'est à nouveau M. Gaja qui a soulevé les deux lièvres qu'ont courus d'autres membres de la Commission. Comme après lui l'ont fait MM. Mansfield, Matheson et Candioti et M^me^ Xue, M. Gaja a fait remarquer que le projet était mal rédigé et qu'il fallait préciser que les réserves en cause devraient entrer dans les hypothèses évoquées sous les deux derniers tirets. En cela, le Rapporteur spécial pense que M. Gaja a raison. Par contre, il est un peu moins convaincu par le second « lièvre » de M. Gaja, bien qu'il ait été suivi par M. Rao, M^me^ Escarameia, M. Mansfield et M. Economides. Selon ces intervenants, il faudrait aussi mentionner, soit dans le projet de directive 3.1.1, soit dans un projet distinct, la possibilité que les réserves soient implicitement interdites. Mais ils n'ont donné qu'un seul exemple, celui de la Charte des Nations Unies, et le Rapporteur spécial ne voit pas, quant à lui, pourquoi il serait absolument évident qu'un État ne puisse pas faire une réserve sur une disposition secondaire de la Charte des Nations Unies dès lors qu'elle serait acceptée par les organes compétents de l'Organisation. Indépendamment de cela, et comme M. Matheson, le Rapporteur spécial est loin d'être enthousiasmé par cette proposition. D'une part, ceci est clairement exclu par les travaux préparatoires, et le Rapporteur spécial pense que les membres de la Commission de l'époque avaient de bonnes raisons pour exclure cette hypothèse, comme il l'indique dans son rapport. D'autre part, s'agissant de la Charte des Nations Unies et sans doute des seuls autres traités dont on peut penser qu'ils excluent implicitement les réserves, c'est-à-dire les actes constitutifs des organisations internationales, l'exigence d'une acceptation par l'organe compétent de l'organisation à l'article 20, paragraphe 3, de la Convention de Vienne donne des garanties tout à fait suffisantes. Enfin et surtout, le Rapporteur spécial est convaincu que le problème ne relève pas des alinéas *a* et *b* de l'article 19 mais de l'alinéa *c*: si une réserve est implicitement interdite, c'est parce qu'elle est contraire à l'objet et au but du traité. Si l'on considère qu'il peut y avoir des traités qui, par leur

[5] *Annuaire… 2002*, vol. II (2^e^ partie), chap. IV, sect. C.2, par. 7 du commentaire, p. 48.

nature, interdiraient vraiment les réserves, c'est en raison de leur objet et de leur but, et il n'y a pas lieu d'insérer une disposition sur ce point dans le projet de directive. Néanmoins, le Rapporteur spécial ne voit pas d'inconvénient à ce que le Comité de rédaction examine la question et il serait prêt, à la demande de la Commission, à rédiger une note exposant les arguments pour et contre, mais il ne voit guère à ce stade d'argument en faveur de cette proposition.

14. Quant au projet de directive 3.1.2 (par. 49), il semble également approuvé dans son principe et rien ne paraît s'opposer à son renvoi au Comité de rédaction. Plusieurs membres ont toutefois soulevé des problèmes de rédaction. Celui posé par «*specified*» dans la version anglaise a déjà été évoqué (2857e séance, *supra*, par. 37 et 38). Le membre de phrase «et devant répondre à des conditions spécifiées par le traité» peut être clarifié, mais il serait fâcheux de le supprimer car, de l'avis du Rapporteur spécial, la simple mention des «dispositions particulières» ne suffit pas pour que l'on puisse parler de «réserves déterminées»; cela compromettrait le soigneux équilibre de cette disposition, qui est d'autant plus indispensable que la notion de «réserves déterminées» produit bel et bien des effets pratiques importants.

15. Les projets de directives 3.1.3 et 3.1.4 ont fait l'objet d'une approbation très générale, assortie là encore de suggestions sur la rédaction. À cet égard, celles de M. Economides méritent assurément d'être débattues. Ces deux directives pourraient donc être renvoyées également au Comité de rédaction, d'autant qu'il serait regrettable de les examiner séparément du projet de directive 3.1.2.

16. La rédaction des projets de directives 3.1.5 et 3.1.6 peut être améliorée, et certaines des suggestions faites à ce sujet sont très fécondes. Cependant, contrairement à l'avis de certains, il est indispensable d'essayer de définir la notion d'objet et de but, car elle est fondamentale dans le droit des réserves et dans le droit des traités en général. Un autre problème qui se pose à propos de ces deux directives est celui de l'interprète, autrement dit la personne ou l'organe qui détermine si une réserve est compatible ou non avec le but et l'objet du traité. À cet égard, le Rapporteur spécial rappelle que cinq projets de directives portent sur la compétence pour apprécier la validité des réserves, et cinq autres − plus essentiels encore − sur les conséquences de la non-validité d'une réserve.

17. En ce qui concerne les projets de directives 3.1.7 à 3.1.13, le Rapporteur spécial souligne qu'il n'a pas choisi au hasard les catégories de réserves retenues à titre d'«illustrations», mais bien en partant du principe que la fonction fondamentale du Guide de la pratique était d'aider les États à se déterminer face à un problème de réserves. Il s'est donc centré sur les problèmes les plus difficiles et les plus fréquents. On peut ajouter d'autres catégories, mais aucune proposition crédible ne semble avoir été faite jusqu'à présent. Par ailleurs, on a fait observer à juste titre qu'un même traité pouvait avoir plusieurs objets et buts, et que ses dispositions pouvaient entrer dans plusieurs des catégories dégagées. Il suffit alors de se fonder sur les différentes directives pertinentes et d'en combiner l'application; cela n'exclut pas que l'on puisse codifier distinctement chaque hypothèse. Le Rapporteur spécial tient à préciser que le projet de directive 3.1.12 ne concerne pas les réserves aux traités de droits de l'homme, et moins encore les réserves aux dispositions relatives aux droits de l'homme, mais uniquement les réserves aux traités *généraux* de droits de l'homme, catégorie particulière des traités relatifs aux droits de l'homme qui ne paraît présenter aucune ambiguïté.

18. Enfin, concernant la proposition de consultation avec les organes chargés des droits de l'homme (les six comités et la Sous-Commission de la promotion et la protection des droits de l'homme), il indique qu'il sera assez difficile − mais pas impossible − de trouver une date commune (probablement vers la mi-mai 2006) et qu'il faudra sans doute aider à financer la venue des comités qui ne seront pas réunis à ce moment à Genève. Toute suggestion à ce sujet est bienvenue.

19. M. KOSKENNIEMI déclare qu'il s'efforce toujours de formuler des critiques positives, c'est-à-dire contenant une proposition concrète, car une critique négative est stérile. Il souhaite rappeler brièvement le point qu'il avait soulevé, à savoir que les catégories proposées dans la section C du rapport sur les réserves aux traités sont utiles mais insuffisantes. Elles sont à la fois trop complètes, incluant des réserves que la Commission ne souhaite pas couvrir − comme les réserves vagues et générales à des dispositions secondaires −, et incomplètes, puisqu'elles laissent de côté d'autres réserves importantes, comme celles aux traités de droits de l'homme. C'est pourquoi il semble opportun de les accompagner d'explications, de façon à orienter l'utilisateur des futures directives. Notamment, il faudrait préciser qu'une réserve est incompatible avec le but et l'objet d'un traité si elle va à l'encontre de ce que les parties attendaient du traité en y adhérant, ou si elle va à l'encontre de l'engagement commun qu'il exprime.

20. M. PELLET (Rapporteur spécial) soulève un point d'ordre, faisant observer qu'il n'est pas possible de reprendre les débats à ce stade.

21. M. CHEE, à propos de la possibilité évoquée par le Rapporteur spécial de faire des réserves à la Charte des Nations Unies, rappelle que l'Article 108 de ce texte concerne les amendements et non les réserves.

22. Au sujet de la «validité», il souhaite rappeler que la section 2 [de la partie V] des Conventions de Vienne s'intitule «*Invalidity of treaties*» («Nullité des traités»), ce qui s'oppose à «*validity*» (validité); le Rapporteur spécial qualifie le terme «validité» de neutre, mais − d'après le dictionnaire − un terme neutre doit l'être d'un point de vue comme de l'autre. Comme il importe d'éviter toute confusion, M. Chee entend revenir sur ce point à la prochaine session.

23. Le PRÉSIDENT rappelle que le Rapporteur spécial a proposé de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 3.1, 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3, 3.1.4, 3.1.6 et 3.1.8.

24. M. GAJA dit qu'il avait cru comprendre que seules les cinq premières de ces directives seraient transmises au Comité de rédaction, les deux autres (3.1.6 et 3.1.8) posant encore de nombreux problèmes.

25. M. MATHESON fait la même remarque, soulignant qu'à son sens, à la session suivante, il convient d'examiner les directives 3.1.6 et 3.1.8 en plénière.

26. M. PELLET (Rapporteur spécial) précise qu'il n'a pas envisagé le renvoi de ces deux directives, sa proposition ne concernant que 1.6 et 2.1.8 (voir le paragraphe 10, *supra*) ainsi que 3.1 et 3.1.1 à 3.1.4.

27. Le PRÉSIDENT propose de renvoyer au Comité de rédaction les projets de directives 1.6, 2.1.8, 3.1, 3.1.1, 3.1.2, 3.1.3 et 3.1.4, étant entendu que les débats sur les autres directives se poursuivront à la cinquante-huitième session.

Il en est ainsi décidé.

Actes unilatéraux des États (*fin*[*]) [A/CN.4/557 et A/CN.4/549, sect. C]

[Point 5 de l'ordre du jour]

Rapport du Groupe de travail

28. Le PRÉSIDENT invite M. Pellet à présenter, en sa qualité de Président du Groupe de travail sur les actes unilatéraux des États, les travaux de celui-ci.

29. M. PELLET indique que le Groupe de travail s'est réuni quatre fois en 2005. Les trois premières séances ont été consacrées à l'analyse de cas spécifiques selon la grille établie l'année précédente, ainsi qu'aux conclusions à en tirer; la dernière séance a porté sur les conclusions provisoires ou générales, ou « propositions » (aucune décision n'a été prise concernant le titre du document envisagé), qui contiendraient le fruit des neuf années de travail de la Commission sur le sujet.

30. Le premier échange de vues a permis de dégager des points communs autour desquels un consensus pourrait se dégager. Les membres du Groupe de travail s'accordent globalement sur le « format » et la forme du document. Sur le fond, ils semblent admettre qu'il faudrait poser en principe que les comportements unilatéraux des États peuvent produire des effets juridiques quelle que soit leur manifestation, mais que l'on peut distinguer le comportement unilatéral de l'acte unilatéral *stricto sensu*. Dans son rapport de 2003, la Commission avait d'ailleurs clairement établi une distinction entre comportements et actes unilatéraux, en décidant d'accorder la priorité à ces derniers, définis comme « une déclaration exprimant une volonté ou un consentement et par laquelle [un] État vise à créer des obligations ou d'autres effets juridiques en vertu du droit international »[6].

31. Le Groupe de travail a également examiné les questions liées à la variété des actes unilatéraux et de leurs effets, à l'importance que revêtent les circonstances dans l'appréciation de leur nature et de leurs effets, à leurs relations avec les autres engagements de leurs auteurs en vertu du droit international et aux conditions de leur révision et de leur révocabilité.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (A/CN.4/L.675 et Corr.1)

[Point 10 de l'ordre du jour]

Rapport du Groupe de planification

32. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA (Président du Groupe de planification), présentant le rapport du Groupe de planification (A/CN.4/L.675 et Corr.1), dit qu'à ses quatre séances le Groupe a notamment examiné les mesures d'économie, la documentation de la Commission, le rapport intérimaire du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, et la date et le lieu de la cinquante-huitième session.

33. Comme suite au paragraphe 8 de la résolution 59/41 de l'Assemblée générale, en date du 2 décembre 2004, et compte tenu du programme de travail de la Commission, le Groupe de planification a considéré la question des mesures d'économie et, sur sa recommandation, la Commission a raccourci d'une semaine la seconde partie de la session en cours.

34. Ayant aussi examiné la question de la documentation de la Commission et de la soumission en temps voulu de leurs rapports par les rapporteurs spéciaux, le Groupe de planification a rappelé que si les dates initialement indiquées n'étaient pas respectées, les rapports risquaient de ne pas être disponibles à temps, ce qui aurait des conséquences néfastes pour les travaux de la Commission. Il a formulé une recommandation en ce sens au paragraphe 4 de son rapport.

35. Le Président du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme de la Commission a présenté un rapport oral au Groupe de planification. Le Groupe de travail présentera son rapport final par écrit à la cinquante-huitième session de la Commission, en 2006. À cet égard, il convient de rappeler que le Groupe de travail est favorable à l'étude de tout sujet qui semblerait pertinent, d'autant qu'il est urgent que la Commission en inscrive de nouveaux à son ordre du jour. Tous les membres qui ont des propositions devraient les soumettre au Groupe de travail sous la forme d'une brève étude préliminaire.

36. Le Groupe de planification a rappelé qu'à sa cinquante-sixième session la Commission avait décidé d'inscrire à l'ordre du jour de la présente session le sujet « Obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*) », qui figurait dans le programme à long terme de la Commission[7].

37. Le Groupe de planification a recommandé que les vues qui avaient été exprimées au sujet des honoraires payables aux membres de la Commission dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-sixième session soient réaffirmées intégralement dans le rapport sur la cinquante-septième session[8].

---

[*] Reprise des débats de la 2855e séance.

[6] *Annuaire… 2003*, vol. II (2e partie), par. 306, *Recommandation 1*, p. 59.

[7] *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. XI, par. 362 et 363, et annexe.

[8] Ibid., par. 369.

38. Enfin, le Groupe de planification a pris note d'une proposition tendant à ce que le Groupe de planification qui serait constitué à la cinquante-huitième session examine en tant que question prioritaire les méthodes de travail et les règles de la Commission en vue d'augmenter l'efficacité et la transparence de la Commission.

39. M. ECONOMIDES, de qui émanait la proposition en question, estime qu'il serait plus exact de dire « le Groupe de planification a accueilli favorablement une proposition… », et précise que l'intitulé exact de sa proposition était « … relative à la création d'un groupe de travail qui, avec l'assistance du secrétariat, examinerait les méthodes, règles et pratiques de la Commission afin d'augmenter son efficacité et sa transparence ». Il suggère que sa proposition soit portée à la connaissance de la Sixième Commission, afin que les membres de la CDI montrent qu'ils sont sensibles au climat de réforme qui règne dans toute l'ONU, et parce qu'il serait intéressant de connaître les réactions de la Sixième Commission.

40. Le PRÉSIDENT dit qu'une décision sur cette proposition sera prise lors de l'examen du rapport de la CDI à l'Assemblée générale.

41. M. KABATSI approuve pleinement l'idée de chercher à améliorer les méthodes de travail de la CDI, mais se demande s'il ne s'agit pas d'une proposition que les membres se font à eux-mêmes et s'il est judicieux, à ce stade, de la transmettre à la Sixième Commission.

42. Mme ESCARAMEIA rappelle que la CDI est en train d'adopter le rapport du Groupe de planification, et non son rapport à l'Assemblée générale. Elle approuve la remarque de M. Economides concernant la formulation actuelle du paragraphe 8 et suggère, soit de retenir celle qu'il vient de proposer, soit de dire que « le Groupe de planification a pris note d'une proposition… et a recommandé qu'elle soit examinée en tant que question prioritaire par le Groupe de planification… »

43. M. YAMADA, appuyé par M. PELLET, juge anormal que la plénière envisage de modifier le rapport déjà adopté par le Groupe de planification.

44. Le PRÉSIDENT explique que la plénière se contente actuellement de prendre note du rapport du Groupe de planification, et que les questions et recommandations y figurant seront examinées dans le cadre de l'examen du rapport de la CDI à l'Assemblée générale.

45. Mme ESCARAMEIA dit que le Groupe de planification n'a jamais vu le paragraphe 8 du rapport sous sa forme actuelle.

46. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA (Président du Groupe de planification) confirme cette observation.

47. M. ECONOMIDES dit qu'il ne faut pas considérer que la plénière est en train de corriger le passage en question puisqu'il n'y a pas eu de proposition écrite de sa part. Il y a eu par contre un tour de table, et sa proposition n'a rencontré aucune objection.

48. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA (Président du Groupe de planification) dit qu'il pourrait demander au Groupe de planification d'inclure au paragraphe 8 de son rapport une référence au consensus qui s'est dégagé à propos de la proposition de M. Economides.

49. M. PELLET juge totalement irréaliste de demander au Groupe de planification d'amender son propre rapport. Il est vrai que la proposition a été adoptée par consensus, mais c'est le cas de la plupart des décisions ou recommandations du Groupe. Il n'y a aucun intérêt à le préciser, d'autant qu'un « consensus » désigne simplement l'absence d'objection, pas une unanimité enthousiaste.

50. M. CHEE appuie pleinement les interventions de Mme Escarameia et de M. Economides.

51. M. KEMICHA, qui faisait partie du Groupe de planification, confirme que la réaction à la proposition de M. Economides était plus proche de l'accueil favorable que du simple fait de prendre note. Tout en reconnaissant qu'il est inhabituel que la plénière amende un rapport de ce type, il ne voit pas pourquoi les membres du Groupe, qui sont presque tous présents, ne saisiraient pas cette occasion pour se réunir sous la présidence de M. Pambou-Tchivounda et modifier leur rapport.

52. M. MATHESON propose que la plénière invite simplement le Président du Groupe de planification à modifier le rapport du Groupe pour mieux rendre compte de l'accord passé oralement.

53. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA (Président du Groupe de planification) propose d'intégrer l'idée de l'accueil favorable de la proposition faite par M. Economides au paragraphe 8 du rapport du Groupe, après la mention « a pris note ».

54. M. MATHESON préférerait la formulation suggérée par Mme Escarameia. Il ne serait pas exact de dire que le Groupe a accueilli favorablement la proposition de M. Economides, puisqu'il ne l'a pas examinée en détail. En revanche, le Groupe a approuvé l'idée que la proposition soit examinée en tant que question prioritaire à la cinquante-huitième session.

55. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission souhaite prendre note du rapport du Groupe de planification, avec la modification proposée par Mme Escarameia.

Il en est ainsi décidé.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (A/CN.4/549, sect. E, et A/CN.4/L.676[9])

[Point 9 de l'ordre du jour]

56. Le PRÉSIDENT invite M. Koskenniemi à présenter sa note d'information relative aux travaux du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international.

[9] Reproduit dans *Annuaire… 2005*, vol. II (2e partie), chap. XI, sect. C.

57. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international) précise que sa note d'information est un document informel dont le seul objectif est de favoriser les échanges de vues entre les membres de la Commission qui ont participé au Groupe d'étude et ceux qui ne l'ont pas fait. Le document répond donc avant tout à un souci d'information.

58. M. Koskenniemi rappelle qu'au moment où le Groupe d'étude a été créé, la plus grande confusion régnait quant à savoir ce qu'il était censé faire[10]. Il s'agissait effectivement d'un format insolite pour la Commission, qui a créé généralement des groupes de travail ou des comités de rédaction. En 2004, l'objectif poursuivi s'est précisé et a été approuvé par la Commission ainsi que par nombre de représentants des États à la Sixième Commission. Le Groupe d'étude devait établir, à l'issue de ses travaux, un document de synthèse sur la fragmentation, qui comprendrait deux parties. La première serait une étude de fond assez longue et analytique sur les conflits et chevauchements entre normes du droit international, qui serait rédigée à partir des exposés et études présentés par différents membres du groupe entre 2003 et 2005. La seconde serait un bref exposé contenant une quarantaine de conclusions, ou directives, ou principes (la Commission n'a pas encore tranché) découlant de ces études et des discussions du Groupe d'étude et destinées à faciliter la réflexion sur le problème de la fragmentation et la recherche de solutions dans la pratique juridique[11]. L'objectif est donc de donner des orientations aux juristes, juges, arbitres, membres de comités internationaux, pour les aider à régler les problèmes créés par des conflits ou des chevauchements entre différentes règles aux différents régimes du droit international. En 2006, le Groupe d'étude présentera un projet de ces deux documents à la Commission, qui doit encore décider de la forme sous laquelle elle les adoptera. M. Koskenniemi suggère qu'elle prenne note de l'étude de fond et qu'elle adopte les conclusions.

59. Passant à l'approche fondamentale suivie, M. Koskenniemi dit que le Groupe d'étude s'est centré sur les questions de fond que pose la fragmentation, en laissant de côté les aspects institutionnels, tels que les conflits de compétence entre organes. Il a examiné les questions qui se posent dans la perspective de la Convention de Vienne de 1969. Cette approche semblait s'imposer en raison des liens spéciaux qui existent entre la Commission et le régime de Vienne. Il s'agissait donc de déterminer quels outils la Convention de Vienne renferme pour régler les conflits réels ou potentiels entre différentes normes ayant vocation à s'appliquer à une même situation.

60. Le Groupe d'étude a centré son attention sur les cinq aspects suivants de la résolution des conflits de normes en droit international:

a) la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des « régimes autonomes » (étude réalisée par M. Koskenniemi);

b) l'interprétation des traités à la lumière de « toute règle pertinente du droit international applicable dans les relations entre les parties » (art. 31, par. 3 al. *c*, de la Convention de Vienne) [étude réalisée par M. Mansfield];

c) l'application de traités successifs portant sur la même matière (art. 30 de la Convention de Vienne) [étude réalisée par M. Melescanu];

d) la modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (art. 41 de la Convention de Vienne) [étude réalisée par M. Daoudi]; et

e) la hiérarchie des normes en droit international: *jus cogens*, obligation *erga omnes* et Article 103 de la Charte des Nations Unies (étude réalisée par M. Galicki).

Sur chacun de ces sujets, le Groupe d'étude a reçu un rapport d'un de ses membres. Il a tenu des discussions de fond détaillées sur les points *a*), *b*) et *e*) et un débat préliminaire sur les points *c*) et *d*).

61. Le Groupe d'étude a approuvé le principe de la *lex specialis* en soulignant toutefois que la règle spéciale ne rendait pas nécessairement la règle générale inapplicable mais permettait d'en écarter provisoirement l'application. Il convient de noter à ce propos que les notions de « loi spéciale » et « loi générale » sont relatives et ne peuvent être comprises que l'une par rapport à l'autre. En pratique, les traités constituent souvent la *lex specialis* par rapport au droit coutumier et aux principes généraux. Le Groupe d'étude a analysé les régimes autonomes et conclu qu'aucun traité n'était isolé des autres ou du droit coutumier ou des principes généraux du droit et qu'aucun régime n'était donc strictement « autonome ». Le terme a été jugé mal choisi, puisque aucun ensemble de règles n'est complètement isolé du droit international général. À ce propos, le Groupe a aussi eu des discussions sur les situations où le droit général venait combler des lacunes ou des silences de la règle spéciale.

62. En ce qui concerne l'article 30 de la Convention de Vienne de 1969, le Groupe d'étude a estimé que le principe selon lequel les traités postérieurs l'emportent sur les traités antérieurs ne soulève pas de problème de manière générale, sauf dans le cas où les parties au traité postérieur ne sont pas les mêmes que les parties au traité antérieur. La conclusion d'un traité incompatible avec un traité antérieur ne constituerait cependant pas en soi une violation du droit international. L'article 30 ne régit pas la question de la validité, mais seulement celle de l'ordre de priorité.

63. En ce qui concerne le paragraphe 3 alinéa *c* de l'article 31 de la Convention de Vienne, le Groupe d'étude a insisté sur la nécessité de rendre opérationnelle cette disposition, qui suscite un intérêt croissant mais qui, jusqu'à présent, n'a guère été utilisée. Dans l'interprétation d'un traité, les « autres obligations » à prendre en considération comprennent, outre les autres traités, le droit coutumier et les principes généraux du droit. Le Groupe s'est également intéressé à la question de savoir dans quelle mesure les parties au traité qui fait l'objet d'une interprétation doivent aussi être parties aux autres obligations. Par ailleurs, il a examiné la question de l'intertemporalité, c'est-à-dire la question de savoir si les obligations qui

[10] *Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), chap. IX, par. 493, p. 102.

[11] Voir *Annuaire… 2004*, vol. II (2e partie), chap. X, par. 302.

sont utilisées à des fins d'interprétation doivent ou non avoir été en vigueur au moment où le traité à interpréter a été conclu. Le Groupe a adopté des conclusions à ce propos.

64. Dans son examen de l'article 41 de la Convention de Vienne de 1969, le Groupe d'étude a souligné que cette disposition visait à concilier, d'une part, la nécessité de préserver l'intégrité du traité tel qu'initialement conclu et, d'autre part, celle de tenir compte ou d'accepter de tenir compte des modifications ultérieures introduites à la faveur d'un accord *inter se*. Le Groupe d'étude a fait observer que les accords *inter se* soulèvent des problèmes analogues à ceux de la *lex specialis* et que l'interdiction de modification pouvait résulter de la règle *pacta tertiis* ou du fait que l'accord modifiant le traité initial risquait de porter atteinte à celui-ci d'une autre manière.

65. En ce qui concerne la question de la hiérarchie dans le droit international, le Groupe d'étude est convenu qu'il n'existe pas de hiérarchie générale des sources. De plus, les trois notions (*jus cogens*, obligations *erga omnes* et l'Article 103 de la Charte) s'appliquent de façon largement indépendante l'une de l'autre. Seul le *jus cogens* et l'Article 103 de la Charte ont réellement un rapport avec la hiérarchie des normes. Les obligations *erga omnes* se rapportent à la question du champ d'application des normes pertinentes. Le Groupe a décidé qu'il fallait, pour le *jus cogens* et les normes *erga omnes*, suivre l'interprétation retenue dans le cadre du projet sur la responsabilité des États. Il a en outre décidé qu'il ne lui appartenait pas d'identifier des règles spécifiques dans l'une ou l'autre de ces deux catégories, mais de montrer comment ces règles pouvaient être utilisées en tant que « règles de conflit » pour résoudre les problèmes de la fragmentation. C'est la question de la hiérarchie des normes qui conditionne la réponse à la question de savoir si un accord particulier est licite en tant que *lex specialis*, en tant qu'accord postérieur ou en tant que modification d'un traité multilatéral dans les relations entre certaines parties.

66. Pour conclure, M. Koskenniemi indique que le Groupe d'étude s'est employé à éviter toute rigidité. L'étude de la pratique montre que des conflits et des chevauchements entre différentes règles du droit international ont toujours existé et qu'ils ont pu être résolus grâce à différentes techniques. L'objectif doit donc être de montrer aux praticiens du droit que les problèmes difficiles auxquels ils doivent faire face ne sont pas inédits et que les tribunaux les ont déjà surmontés avec succès par le passé.

67. Le PRÉSIDENT remercie M. Koskenniemi et annonce la parution du volume XXIV du *Recueil des sentences arbitrales*[12].

La séance est levée à 12 h 55.

[12] Publication des Nations Unies (numéro de vente: 04.V.18), juillet 2005, 380 p.

2860e SÉANCE

Vendredi 29 juillet 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes (*fin**)

[Point 11 de l'ordre du jour]

Visite de représentants du Conseil de l'Europe

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. de Vel, Directeur général des affaires juridiques du Conseil de l'Europe et à M. Benítez, Chef adjoint du Département de droit public de la Direction générale des affaires juridiques du Conseil de l'Europe et invite M. de Vel à s'adresser à la Commission.

2. M. de VEL (Conseil de l'Europe) dit que c'est un honneur pour lui d'assister à une séance de la CDI afin de lui faire part des développements intervenus au Conseil de l'Europe depuis sa session précédente. Cette rencontre est devenue une heureuse tradition.

3. L'actualité politique du Conseil de l'Europe durant l'année écoulée a été marquée par le troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement des États membres du Conseil de l'Europe, qui s'est tenu à Varsovie les 16 et 17 mai 2005, à l'invitation du Gouvernement polonais. Les deux sommets précédents, tenus à Vienne en 1993 et à Strasbourg en 1997, ont donné une impulsion décisive au processus d'intégration du continent européen. Le troisième Sommet s'est tenu dans le contexte d'une Europe en mutation et, de ce fait, s'est attaché à définir la place du Conseil de l'Europe dans le paysage institutionnel européen et international afin de lui donner un mandat politique précis pour les années à venir. Le Sommet s'est conclu par l'adoption de la Déclaration de Varsovie[1], dans laquelle les chefs d'État et de gouvernement des États membres ont souligné que les progrès à venir dans la construction d'une Europe sans clivages devaient continuer à être fondés sur les valeurs communes consacrées par le Statut du Conseil de l'Europe: la démocratie, les droits de l'homme et la prééminence du droit. Ils ont aussi relevé que l'Europe était guidée par une philosophie politique d'intégration et de complémentarité ainsi que par un engagement commun envers l'action multilatérale fondée sur le droit international. Ils ont défini la mission

* Reprise des débats de la 2853e séance.

[1] *Délégués des ministres,* document CM (2005)79 final, 17 mai 2005. Pour le plan d'action adopté à la même occasion, document CM(2005)80 final.

première du Conseil de l'Europe comme étant de préserver et promouvoir les droits de l'homme, la démocratie et l'état de droit.

4. Les chefs d'État et de gouvernement se sont engagés à renforcer le rôle du Conseil de l'Europe en tant que mécanisme effectif de coopération paneuropéenne tout en renforçant et rationalisant encore ses activités, structures et méthodes de travail pour qu'il assure la position qui lui revient dans une Europe en mouvement. Ils se sont également engagés à assurer la complémentarité du Conseil de l'Europe et des autres organisations engagées dans la construction d'une Europe démocratique et sûre, au moyen de la création d'un nouveau cadre visant à renforcer sa coopération avec celles-ci. Ainsi, ils ont chargé le Premier Ministre du Luxembourg, M. Jean-Claude Juncker, d'élaborer, à titre personnel, un rapport sur les relations entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne, sur la base des décisions prises lors du Sommet et compte tenu de l'importance de la dimension humaine de la construction européenne. À cet égard, un mémorandum d'accord (*memorandum of understanding*) devrait être conclu bientôt entre le Conseil de l'Europe et l'Union européenne pour définir les relations entre les deux institutions. Dans la Déclaration de Varsovie, les chefs d'État et de gouvernement se sont également engagés à renforcer la coopération entre le Conseil de l'Europe et l'Organisation des Nations Unies et à atteindre les objectifs du Millénaire pour le développement[2] en Europe. Ils ont en outre adopté un Plan d'action.

5. Aussi bien le Plan d'action que la Déclaration de Varsovie évoquent les meilleurs moyens de garantir l'efficacité à long terme de la Convention européenne des droits de l'homme. C'est pourquoi un Groupe de sages sera constitué pour examiner la question de l'efficacité à long terme du mécanisme de contrôle de l'application de la Convention, y compris les effets initiaux du Protocole n° 14. Ce groupe devra présenter des propositions additionnelles au-delà des mesures déjà prises, tout en conservant la philosophie de base qui sous-tend la Convention.

6. Comme les membres de la Commission s'en souviendront, le Directeur général des affaires juridiques du Conseil de l'Europe rappelle qu'il a l'année précédente informé la CDI de l'adoption du Protocole n° 14 à la Convention européenne des droits de l'homme, réformant la procédure de la Convention, en vue de lutter contre l'arriéré judiciaire. Ce protocole a maintenant été signé par 31 États et ratifié par 13. En outre, le Protocole n° 12 à la Convention, qui vise à lutter contre la discrimination, est entré en vigueur en avril 2005. La Déclaration de Varsovie et le Plan d'action attachent une importance particulière aux activités de la Direction générale des affaires juridiques.

7. Durant l'année écoulée, la Direction générale des affaires juridiques a consacré une partie considérable de ses efforts à la lutte contre le terrorisme. Les attentats qui ont eu lieu récemment à Londres et en Égypte ont malheureusement prouvé que l'action en la matière devait être poursuivie inlassablement. Dès novembre 2001, la Direction générale s'est efforcée d'apporter une contribution concrète dans ce domaine en se prévalant de la plus-value que le Conseil de l'Europe pouvait apporter. Ses activités visent, d'une part, à renforcer l'action juridique contre le terrorisme et ses bases financières et d'autre part, à la sauvegarde des valeurs fondamentales. Le riche patrimoine juridique dont dispose le Conseil de l'Europe permet de préserver les valeurs qu'il estime essentielles et que, plus que jamais, il importe de concilier et non d'opposer, à savoir le respect des droits de l'homme et l'efficacité de la lutte contre le terrorisme. De par sa spécificité, le Conseil de l'Europe est particulièrement bien placé pour relever ce défi: il a plus de 50 ans d'expérience dans la promotion et la défense des droits de l'homme, mais aussi plus d'un demi-siècle d'expérience dans la lutte contre la criminalité, ce dont témoignent des réalisations juridiques internationales pionnières comme les conventions européennes d'extradition (1957), d'entraide judiciaire en matière pénale (1959), et pour la répression du terrorisme (1977), la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime (1990) et la Convention sur la cybercriminalité (2001). La Convention européenne pour la répression du terrorisme est la première et la seule convention européenne ayant trait spécifiquement au terrorisme. Dans les années 70, elle a marqué une percée considérable car elle a permis de dépolitiser certains crimes et infractions terroristes dans le but d'extrader leurs auteurs présumés.

8. Le premier résultat de la mise en œuvre du plan d'action contre le terrorisme adopté par le Comité des ministres après le 11 septembre 2001, le Protocole portant amendement à la Convention européenne pour la répression du terrorisme, ouvert à la signature en mai 2003, compte 26 signatures et 18 ratifications. Son entrée en vigueur requiert que tous les États parties à la Convention de 1977, actuellement 44, soient parties au Protocole. Le Conseil déploie donc un effort considérable en vue de permettre son entrée en vigueur dans les meilleurs délais.

9. Une série de domaines d'action prioritaires ont été identifiés dès 2001 et ont abouti à l'élaboration de plusieurs instruments normatifs internationaux qui ont été adoptés durant le premier semestre de 2005. Ils comprennent, en tout premier lieu, la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, qui vise à combler des lacunes existant dans la législation et l'action internationale contre le terrorisme et ce par différents moyens. Sont érigés en infractions pénales des actes susceptibles de mener à la commission d'actes de terrorisme, dont la provocation publique, le recrutement et l'entraînement des terroristes. Les événements tragiques de Londres et de Sharm el-Sheikh prouvent l'importance de ces défis. La coopération en matière de prévention a aussi été renforcée aux plans national et international.

10. Une nouvelle Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme prend en considération les derniers développements en la matière, en particulier les recommandations du Groupe d'action financière (GAFI) concernant la lutte contre le financement du terrorisme, conformément à la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité en date du 28 septembre 2001. Dans ce domaine, le Conseil de l'Europe dispose d'un outil de pointe, le Comité d'experts sur

[2] Voir la Déclaration du Millénaire, adoptée par l'Assemblée générale dans sa résolution 55/2 en date du 8 septembre 2000.

l'évaluation des mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme (MONEYVAL), qui évalue, sur le plan régional, l'action de ses États membres dans la lutte contre le blanchiment de capitaux et contre le financement du terrorisme selon la méthodologie du GAFI. Le Comité comprend les États membres du Conseil de l'Europe qui ne sont pas membres du GAFI.

11. Aussi bien la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme que la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme ont été ouvertes à la signature lors du troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement et alors même qu'elles avaient été adoptées par le Comité des ministres juste deux semaines avant le Sommet, elles ont déjà recueilli 19 et 13 signatures, respectivement. Elles doivent être ratifiées par six États parties pour entrer en vigueur. De plus, elles sont ouvertes, sous certaines conditions, aux États non membres du Conseil de l'Europe.

12. Dans le domaine du *soft law*, le Comité des ministres a adopté récemment trois recommandations à l'intention des gouvernements des États membres en ce qui concerne les documents d'identité et de voyage, la protection des témoins et collaborateurs de justice, et les techniques spéciales d'enquête en relation avec des infractions graves, qui se révéleront assurément des outils précieux dans les mois à venir.

13. À ces nouveaux instruments, s'ajoutent d'autres normes internationales visant plus spécifiquement à assurer la protection des droits de l'homme. En juillet 2002, le Comité des ministres a adopté une première série de Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme, qui constituent le premier texte juridique international sur la question[3]. Ces directives énoncent 17 principes, issus de textes internationaux et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, traçant les limites que les États doivent s'imposer dans leur lutte contre le terrorisme. Ce texte juridique a été récemment complété par une nouvelle série de Lignes directrices sur la protection des victimes d'actes terroristes, adoptées par le Comité des ministres en mars 2005[4]. Elles sont un complément à l'acquis du Conseil de l'Europe dans ce domaine, notamment la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes du 24 novembre 1983. Par ailleurs, des travaux sont en cours pour la révision des recommandations existantes du Comité des ministres en matière d'assistance aux victimes et de prévention de la victimisation. Une action a aussi été entreprise dans la lutte contre les racines du terrorisme par la promotion du dialogue interculturel et interreligieux.

14. Le troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement a été également l'occasion d'ouvrir à la signature une troisième convention, la Convention du Conseil de l'Europe sur la lutte contre la traite des êtres humains, déjà signée par 15 États. Elle vise à prévenir et combattre la traite des êtres humains, qu'elle soit nationale ou transnationale et qu'elle soit ou non liée à la criminalité organisée. Sa principale valeur ajoutée est constituée par la perspective sur les droits de la personne humaine, l'attention qu'elle porte à la protection des victimes et son mécanisme de suivi indépendant garantissant le respect par les parties des dispositions de la Convention.

15. Avec le Groupe d'États contre la corruption (GRECO), le Conseil de l'Europe dispose d'un système de contrôle intégré et pleinement opérationnel qui pourrait servir d'exemple pour l'action menée contre la corruption au niveau mondial. L'idée d'assurer le suivi de la Convention des Nations Unies contre la corruption est actuellement à l'examen au sein de diverses instances. Si cette idée est retenue, il faudra examiner comment coordonner ce suivi avec d'autres processus et systèmes de contrôle, afin d'éviter les doubles emplois et le chevauchement d'activités et de garantir un renforcement mutuel des différents processus de suivi. C'est d'autant plus important qu'en général, le suivi pèse lourdement sur les pays concernés et, au moins en Europe, on observe des signes de lassitude qui ne doivent pas être pris à la légère.

16. Pour sa part, le GRECO poursuit l'évaluation de ses 39 membres, et un État non membre, les États-Unis d'Amérique, avec une méthodologie qui a fait ses preuves. Il est sur le point de finaliser son deuxième cycle d'évaluation (2003-2006) consacré aux produits de la corruption, la corruption dans l'administration publique et l'utilisation des personnes morales comme sociétés écrans pour dissimuler la commission d'infractions de corruption. Le premier cycle d'évaluation (2000-2002) portait sur l'indépendance et la spécialisation d'organes de lutte contre la corruption ainsi que sur les immunités à l'égard des enquêtes et des poursuites dans les affaires de corruption. À sa 24e réunion plénière de juin 2005, le GRECO a décidé de consacrer son troisième cycle d'évaluation à la transparence dans le financement des partis politiques et aux incriminations prévues par la Convention pénale sur la corruption du Conseil de l'Europe.

17. La lutte contre la cybercriminalité est un autre domaine clé de l'action du Conseil de l'Europe. La Direction générale des affaires juridiques s'emploie à donner une nouvelle impulsion à la ratification la plus large possible de la Convention sur la cybercriminalité entrée en vigueur le 1er juillet 2004 et de son Protocole additionnel relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais de systèmes informatiques auquel il ne manque qu'une ratification pour entrer en vigueur. Cette entrée en vigueur devrait être proche, et se produire dès que la France, qui vient de ratifier aussi bien la Convention que son Protocole, déposera son instrument de ratification. Ces deux instruments sont ouverts aux États non membres du Conseil de l'Europe, car ils ont une vocation qui va bien au-delà du continent européen comme l'a constaté le onzième Congrès des Nations Unies sur la prévention du crime et la justice pénale qui s'est déroulé à Bangkok du 18 au 25 avril 2005[5]. Le Conseil de l'Europe doit organiser à la fin de l'année à

[3] Comité des ministres, 804e réunion, document CM/Del/Dec(2002)804, annexe 3; jointes en annexe à la « Lettre du 1er août 2002, adressée au Secrétaire général par le Représentant permanent du Luxembourg » (A/57/313).

[4] Comité des ministres, 917e réunion, document CM/Del/Dec(2005)917, annexe 2.

[5] Voir le rapport du onzième Congrès des Nations Unies pour la prévention du crime et de la justice pénale (A/CONF.203/18), chap. I, Déclaration de Bangkok, par. 16, et chap. VI, par. 338.

Madrid une conférence visant à promouvoir l'adhésion des pays d'Amérique latine à cette convention.

18. Le Plan d'action adopté par le troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement reflète l'accord de ces derniers sur l'objectif consistant à mettre fin à l'exploitation sexuelle des enfants et leur volonté, à cette fin, d'élaborer le cas échéant des instruments juridiques. Lors d'une conférence organisée par le Conseil de l'Europe en coopération avec l'UNICEF à Ljubljana les 8 et 9 juillet 2005 pour faire le bilan, pour l'Europe et l'Asie centrale, de l'Engagement mondial de Yokohama (2001) sur l'exploitation sexuelle des enfants, l'élaboration d'une nouvelle convention a été recommandée par le groupe de travail compétent. La coordination des travaux avec l'Organisation des Nations Unies est essentielle dans ce domaine, notamment avec le suivi du Protocole facultatif à la Convention relative aux droits de l'enfant, concernant la vente d'enfants, la prostitution des enfants et la pornographie mettant en scène des enfants.

19. À la demande des ministres européens de la justice et conformément au Plan d'action de Varsovie, la Direction générale des affaires juridiques est en train de parachever la mise à jour des Règles pénitentiaires européennes, dont la dernière version date de 1987[6]. Le texte révisé, qui tient compte des développements technologiques, juridiques et sociaux, devrait être adopté par le Comité des ministres avant la fin de l'année.

20. Il est aussi important de mentionner le Protocole additionnel à la Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine relatif à la recherche biomédicale, qui a été ouvert à la signature en janvier 2005 et complète la Convention, qui demeure le seul traité international en la matière. Le Conseil de l'Europe poursuit son activité normative dans ce domaine avec, en particulier, l'élaboration d'un nouveau protocole additionnel à la Convention, sur les tests génétiques, et également celle d'un projet d'instrument sur les biobanques.

21. Le droit de la nationalité est un domaine important qui intéresse le Conseil de l'Europe autant que la CDI. Le Conseil vient d'achever l'élaboration d'un projet de protocole sur la prévention des cas d'apatridie en relation avec la succession d'États. En juin 2005, ce projet a été transmis, pour avis, à l'Assemblée parlementaire et son adoption devrait intervenir avant la fin de l'année. Ce protocole complète la Convention européenne sur la nationalité de 1997 et, notamment, son chapitre sur la succession d'États et la nationalité. Il a été élaboré suite à l'adoption en 1999 d'une recommandation du Comité des ministres aux États membres sur la prévention et la réduction des cas d'apatridie[7] et se fonde sur l'expérience pratique accumulée ces dernières années en matière de succession d'États et d'apatridie dans un certain nombre de pays. Il tient également compte de la Convention sur la réduction des cas d'apatridie, de la Déclaration de la Commission européenne pour la démocratie par le droit (Commission de Venise) relative aux incidences de la succession d'États en matière de nationalité des personnes physiques[8], et – ce n'est pas le moins important – du travail de la Commission, notamment du projet d'articles sur la nationalité des personnes physiques en relation avec la succession d'États[9]. À cet égard, le Directeur général remercie M. Galicki et M. Mikulka, Secrétaire de la Commission, pour leur contribution très précieuse aux travaux du Conseil.

22. Le Directeur général se félicite de l'excellente coopération qui s'est développée entre le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) et la CDI, dont témoigne la participation constante de membres de cette dernière aux réunions du Comité. Le CAHDI finalise actuellement son Projet pilote relatif à la pratique des États concernant l'immunité des États et de leurs biens avec l'élaboration d'un rapport analytique sur la pratique des États. L'événement majeur que constitue l'adoption par l'Assemblée générale, le 2 décembre 2004, de la Convention sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, loin de réduire la pertinence de cette activité, a mis son utilité en évidence s'agissant de faciliter l'application de la Convention au niveau national.

23. Le sujet des réserves aux traités internationaux est l'un des autres domaines d'élection du CAHDI, où il fait office d'Observatoire européen. Au fil des ans, cette activité s'est développée et consolidée par l'extension de son champ d'application aux réserves aux traités internationaux contre le terrorisme, qu'elles soient ou non susceptibles d'objections. Le CAHDI a établi une liste de ces réserves « éventuellement problématiques » et, sur sa recommandation, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a, par l'intermédiaire du Secrétaire général, ouvert un dialogue entre États réservataires, y compris des États non membres du Conseil de l'Europe, en vue de les persuader de retirer ces réserves. Il a donc entrepris une démarche collective qui s'ajoute aux démarches individuelles des États.

24. Un autre domaine sur lequel se concentre le CAHDI depuis 2004 et qui a trouvé un écho considérable est celui des sanctions imposées par les Nations Unies. En effet, le CAHDI étudie leur mise en œuvre au niveau national et les problèmes qui peuvent apparaître, notamment en matière de respect des droits de l'homme. La trentième réunion du CAHDI, prévue en septembre 2005, examinera cette question et, à cette occasion, le Comité recevra la visite de plusieurs invités spéciaux, notamment d'un membre de la Cour de justice des Communautés européennes. Il examinera également le nouveau rapport du CICR sur le droit international humanitaire coutumier[10] et, comme il est de coutume, examinera les résultats de la session annuelle de la Commission du droit international. Le Directeur général des affaires juridiques se félicite de la participation de M. Koskenniemi à cette réunion.

---

[6] Recommandation n° R(87) 3, 12 février 1987, 404e réunion des Délégués des ministres.

[7] Recommandation n° R(99) 18, 15 septembre 1999, 679e réunion des Délégués des ministres.

[8] « Déclaration relative aux incidences de la succession d'États en matière de nationalité des personnes physiques » (document CDL-NAT(1996)007Rev), adoptée à la 28e réunion plénière, Venise, les13 et 14 septembre 1996.

[9] *Annuaire… 1999*, vol. II (2e partie), chap. IV, sect. E, par. 47, p. 21. Également annexé à la résolution 55/153 de l'Assemblée générale, en date du 12 décembre 2000.

[10] Henckaerts, Jean-Marie, « Étude sur le droit international humanitaire coutumier: une contribution à la compréhension et au respect du droit des conflits armés», *Revue internationale de la Croix-Rouge*, vol. 87, n° 857, sélection française 2005.

25. Dans le domaine du droit constitutionnel et électoral, la Commission de Venise a récemment adopté plusieurs avis importants sur les réformes constitutionnelles en Arménie, sur les projets d'amendements aux codes électoraux d'Arménie et d'Azerbaïdjan, sur la compatibilité des lois italiennes Gasparri et Frattini avec les normes du Conseil de l'Europe en matière de liberté d'expression et de pluralisme des médias, sur la loi fédérale russe relative à la *Prokuratura* (ministère public) et sur les amendements à la Constitution de l'Ukraine adoptés le 8 décembre 2004. Elle apporte en outre une assistance à la Commission constitutionnelle du Kirghizistan dans la réforme de la Constitution du pays, et a signé un accord avec la Mission des Nations Unies au Kosovo (MINUK) en vue de rendre applicable au Kosovo la Convention-cadre pour la protection des minorités nationales et la Convention européenne pour la prévention de la torture et des peines ou traitements inhumains ou dégradants.

26. On peut ainsi voir que l'action du Conseil de l'Europe vise à promouvoir la construction d'une Europe sans clivages et fondée sur les valeurs communes consacrées par son Statut: la démocratie, les droits de l'homme et la prééminence du droit.

27. M. KOLODKIN dit que le travail du Conseil de l'Europe dans le domaine juridique est une source précieuse de pratique qui permet de mesurer l'œuvre accomplie par la CDI dans le domaine de la codification et du développement progressif du droit international. M. de Vel a évoqué les relations entre le Conseil et l'Union européenne, notant qu'un mémorandum était sur le point d'être signé. Dans l'étude que fait la Commission de la fragmentation du droit international, l'interaction entre les conventions du Conseil et le droit de l'Union européenne occupe une place de choix. La veille seulement, lorsqu'il a présenté son exposé, M. Koskenniemi a mentionné que le groupe d'étude sur la fragmentation avait examiné les « clauses de déconnexion » (voir 2859e séance, *supra*, par. 60 et 61).

28. Les trois conventions ouvertes à la signature lors du troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement du Conseil de l'Europe contiennent de telles clauses. En particulier le paragraphe 4 de l'article 52 de la Convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime et au financement du terrorisme. Ces clauses ont donné lieu à des débats animés durant les phases finales des travaux du Conseil, et tous les États membres de celui-ci ne sont pas totalement satisfaits du résultat. Les relations entre les conventions du Conseil de l'Europe et le droit de l'Union européenne demeurent donc une question brûlante.

29. M. Kolodkin souhaiterait connaître les vues de M. de Vel sur les « clauses de déconnexion », une expression qu'il considère quant à lui comme trompeuse: il se-rait préférable de parler de « clauses de connexion ». Comment la recherche de formules et d'instruments propres à promouvoir des relations appropriées entre les textes juridiques du Conseil et le droit de l'Union européenne doit-elle s'effectuer?

30. M. GALICKI dit qu'il souscrit à cette question: ayant participé à l'élaboration de la Convention du Conseil de l'Europe pour la prévention du terrorisme, il est parfaitement conscient des difficultés rencontrées dans l'élaboration de la version finale des « clauses de déconnexion ». Ces clauses diffèrent d'une convention à l'autre, et il souhaiterait savoir ce que M. de Vel pense de ce type de différenciation. Les versions finales des clauses figurant dans les trois conventions les plus récentes sont bien plus douces que les textes originaux, car les éléments les plus extrêmes en ont été supprimés.

31. M. Galicki aimerait aussi connaître l'avis de M. de Vel sur la participation de l'Union européenne, séparément de ses États membres, aux conventions conclues sous les auspices du Conseil de l'Europe. Certains États qui ne sont pas membres de l'Union européenne craignent que cette double représentation ne porte atteinte au principe de l'égalité des parties aux conventions. Enfin, M. de Vel pense-t-il que de nouvelles mesures juridiques peuvent être prises par le Conseil de l'Europe contre le terrorisme? Deux possibilités viennent à l'esprit. La première est une convention globale contre le terrorisme, quelque chose qui pourrait être envisagé comme un prolongement de l'approche progressive que le Conseil a adoptée dans sa longue lutte contre le terrorisme. La seconde est la conclusion d'un protocole additionnel à la Convention européenne des droits de l'homme qui porterait sur un nouveau droit de l'homme: le droit d'être protégé contre le terrorisme. Les attentats terroristes violents et répétés qui sont dirigés contre les États mais frappent principalement les individus donnent toutes les raisons d'envisager une possibilité aussi radicale.

32. M. ECONOMIDES dit que le Conseil de l'Europe, un organisme éminemment juridique qui s'occupe de droit international, a beaucoup en commun avec la CDI. L'intervenant fait sienne la question qui a déjà été posée au sujet des clauses de déconnexion. La plupart des conventions qui contiennent de telles clauses sont les conventions adoptées par le Conseil de l'Europe. Ceci est compréhensible, parce que les membres de la Communauté européenne occupent une place dominante parmi les membres du Conseil de l'Europe. Les clauses de déconnexion sont nécessairement cause de fragmentation, puisque lorsqu'elles sont appliquées, tous les membres de la Communauté européenne se déconnectent de la convention concernée, et cessent de l'appliquer pour appliquer le droit communautaire, bien que la relation hiérarchique entre ce droit et les conventions du Conseil de l'Europe ne soit pas claire. Il s'agit de savoir si cette fragmentation est une bonne ou une mauvaise chose. M. Economides estime qu'il s'agit d'une bonne chose lorsqu'elle contribue à renforcer, clarifier et développer le droit international, et une mauvaise chose lorsqu'elle affaiblit ce droit ou crée des obstacles ou des restrictions à son application. Il craint donc que les clauses de déconnexion ne constituent une menace pour le droit international et, même s'il est trop tôt pour évaluer leurs effets, leur existence même est préoccupante. Il souhaiterait avoir l'avis de M. de Vel sur cette question.

33. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il a une question générale et une autre très précise à poser au sujet du terrorisme. La liberté est attaquée dans les sociétés démocratiques. La démocratie est un produit précieux sur le marché politique international, et aussi bien les démocraties établies d'Occident que les démocraties nouvelles ou en transition ailleurs sont confrontées à un défi aux préceptes qui les fondent, en particulier la liberté. Ce défi est

particulièrement aigu pour les démocraties européennes, qui semblent devoir repenser aussi bien le contenu que les buts de la liberté tout en évaluant ses limites à la lumière tant de la participation de l'Europe à la mondialisation que de la recherche d'un équilibre entre la sécurité et la liberté. La question générale suivante se pose donc: est-ce que la manière dont le Conseil de l'Europe s'attaque au terrorisme ne le détourne pas de la mission que lui ont assignée ses pères fondateurs en 1949 et 1950? Si tel est le cas – et M. Pambou-Tchivounda pense que tel est le cas – est-il approprié que les démocraties européennes et par extension d'autres démocraties s'engagent dans cette direction, ou est-ce aventureux?

34. Quant à la question précise, elle a trait aux Lignes directrices adoptées en 2002 et 2005 par le Comité des ministres, selon une pratique apparemment jugée utile. M. de Vel a qualifié les Lignes directrices de « textes juridiques » (par. 13, *supra*) et M. Pambou-Tchivounda se demande ce que cela signifie et dans quelle mesure on a examiné le succès remporté dans l'application de ces deux séries de directives.

35. M^me^ ESCARAMEIA relève qu'il y a eu des débats intensifs dans les milieux universitaires et autres sur la relation entre l'application du droit international humanitaire et la protection des droits de l'homme dans les situations de conflit armé. Le Conseil de l'Europe a-t-il examiné la question, soit dans le cadre du CAHDI, soit dans une autre instance? M. de Vel a dit qu'une liste de réserves jugées problématiques était en cours d'élaboration, et l'intervenante souhaiterait savoir si cette liste cite des réserves précises, ou recense des types de réserves aux conventions du Conseil de l'Europe qui devraient être interdites.

36. M. de VEL (Conseil de l'Europe), répondant aux questions posées au sujet des clauses de déconnexion, dit qu'en fait le Conseil parle de « clauses de transparence » et que l'expression « clauses de déconnexion » émane de la Commission européenne à Bruxelles. De telles clauses figurent maintenant dans huit conventions, et elles ont été utilisées pour la première fois en 1989 dans la Convention européenne sur la télévision transfrontière. En réponse à la question de M. Galicki sur les différentes versions des clauses, M. de Vel dit que lorsqu'une clause est incluse dans une convention, elle est examinée avec les services juridiques de la Commission européenne en vue de l'adapter au contenu de la convention concernée. À l'évidence, lorsqu'une convention énonce des droits fondamentaux, il est difficile d'y insérer une clause de déconnexion, et lorsqu'une convention envisage un système de contrôle, les clauses de déconnexion doivent être rédigées en conséquence.

37. La discussion s'est animée durant les mois qui ont précédé le troisième Sommet des chefs d'État et de gouvernement parce que trois conventions majeures – sur la prévention du terrorisme, contre la traite des êtres humains et sur le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme – étaient prêtes à être adoptées par le Comité des ministres. La Commission a évoqué la nécessité d'insérer des clauses de déconnexion dans ces conventions, mais le Comité des ministres n'a pas accepté ces clauses. Des divergences d'opinions majeures sont apparues entre des États membres du Conseil et même entre des États membres de l'Union européenne. De longues négociations ont suivi mais, à la fin, grâce aux bons offices du président par intérim du Conseil, M. Juncker (Luxembourg), les clauses ont été adoucies et les trois conventions ont été accompagnées d'une déclaration explicative du Président du Conseil et de la Commission.

38. On pourrait demander, comme l'a fait M. Economides, si la fragmentation est une bonne ou une mauvaise chose. Il est trop tôt pour parler de mauvaise fragmentation, puisque les membres de l'Union européenne continuent d'appliquer les conventions du Conseil de l'Europe. Le représentant du Conseil de l'Europe confirme qu'il n'y a pas eu de problèmes dans l'application des clauses; toutefois, les États membres doivent demeurer vigilants. Le Conseil suit de très près la discussion qui a lieu sur la question dans certaines instances internationales, comme l'UNESCO et la CNUDCI, au sein desquelles, contrairement à la situation qui prévaut au Conseil de l'Europe, les pays européens ne sont pas dans la majorité politique. Le Conseil est aussi en train d'examiner la question dans le cadre du mémorandum d'accord qui doit être conclu entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe et à la lumière du rapport du Premier Ministre du Luxembourg, M. Juncker, et de l'évolution de la situation dans d'autres institutions.

39. Le Conseil participe à la lutte contre le terrorisme depuis près de 30 ans, et on ne peut assurément dire que cette lutte ne fait pas partie de sa mission. Depuis les années 70, depuis l'époque de la Fraction armée rouge, des Brigades rouges et des troubles en Irlande du Nord, la Cour européenne des droits de l'homme a rendu de nombreuses décisions dans des affaires concernant le terrorisme parce qu'elle comprend fort bien que le premier des droits de l'homme est le droit à la vie. Quant à savoir si un protocole à la Convention européenne des droits de l'homme consacrant le droit à être protégé contre le terrorisme peut être adopté, la question doit être examinée sérieusement mais, de l'avis de M. de Vel, ce droit est déjà inclus dans le droit à la vie, consacré aussi bien dans la Convention que dans l'abondante jurisprudence de la Cour européenne.

40. Quant aux autres activités menées dans le cadre de la lutte contre le terrorisme, le Conseil continue de réunir les profils qui lui sont communiqués volontairement par des États membres et par l'Union européenne. Des tentatives ont été faites pour conclure une convention générale contre le terrorisme au niveau régional, mais les États n'ont pas voulu entraver l'action en cours à l'ONU en vue d'élaborer une convention où figurerait une définition du terrorisme. Spécialement depuis les événements de Londres et d'Égypte, et avec la détermination renouvelée de nombreux États de reprendre le processus et d'essayer de parvenir à une définition, le moment est venu pour le Conseil de l'Europe d'agir sur ce front. Personnellement, le représentant du Conseil de l'Europe pense que c'est seulement si les efforts de l'ONU échouent que le Conseil pourra revenir sur cette question.

41. En ce qui concerne la question posée par M. Pambou-Tchivounda, les lignes directrices sont apparues assez récemment dans la pratique du Conseil de l'Europe. Il

existe deux types d'instruments juridiques du Conseil de l'Europe: les recommandations du Comité des ministres aux États membres (*soft law*), et les conventions, accords ou traités obligatoires. En outre, deux séries de lignes directrices existent que le Comité des ministres a qualifiées de « documents juridiques » et qui présentent aussi une importance politique considérable. La première fois que des lignes directrices ont été prises en considération a été lors de l'élaboration du Protocole à la Convention européenne de 1977 sur la répression du terrorisme, qui a été élaboré parallèlement aux Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme. De même, les Lignes directrices sur la protection des victimes d'actes terroristes ont été élaborées parallèlement au projet de convention sur la prévention du terrorisme, qui contient des dispositions sur les victimes. Ces lignes directrices devront être dûment prises en considération lors de la révision de la recommandation du Comité des ministres sur l'assistance aux victimes et la prévention de la victimisation.

42. La Direction générale des droits de l'homme a déjà commencé une évaluation informelle de l'application des Lignes directrices sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme; les Lignes directrices sur la protection des victimes d'actes terroristes sont toutefois trop récentes. En résumé, bien que la notion soit assez nouvelle, les lignes directrices semblent utiles dans les domaines dans lesquels il n'est pas possible d'élaborer des recommandations ou des traités.

43. S'agissant de la question de Mme Escarameia sur les droits de l'homme dans des situations de guerre, le représentant du Conseil de l'Europe note que le Protocole no 6 relatif à la Convention européenne des droits de l'homme interdit la peine de mort, même en cas de conflit et en temps de guerre.

44. M. BENÍTEZ (Conseil de l'Europe) dit que les droits de l'homme en temps de guerre et le droit international humanitaire sont des sujets régulièrement inscrits au programme de travail du CAHDI. Lors de sa prochaine réunion, en septembre 2005, le CAHDI doit examiner la relation entre les droits de l'homme et le droit international humanitaire, et le rapport récent sur le droit international humanitaire coutumier établi sous les auspices du CICR.

45. Sur la question des réserves, le CAHDI a commencé à la fin des années 90 une étude générale des objections aux réserves interdites par le droit international, en élaborant ce qui est devenu ultérieurement une recommandation du Comité des ministres sur des clauses d'objection types aux réserves inadmissibles, afin qu'il existe une clause standard que les États membres du Conseil de l'Europe et un certain nombre d'observateurs puissent utiliser en réaction à ces réserves[11].

46. Le CAHDI fonctionne comme un observatoire pour les réserves aux traités internationaux, en particulier pour les réserves pendantes, c'est-à-dire pour lesquelles la date limite de formulation d'une objection n'est pas encore passée. Normalement, une liste est établie conjointement par la présidence et le secrétariat et soumise aux membres du CAHDI, qui peuvent alors appeler l'attention sur les problèmes que posent certaines de ces réserves, à la suite de quoi soit ils ouvrent un dialogue avec l'État réservataire et rendent compte de ses résultats au CAHDI ou, si ces résultats ne sont pas satisfaisants, annoncent leur intention de formuler une objection et demandent à tous les États membres du Conseil de l'Europe de faire de même, pour que l'effet soit plus fort.

47. Sur la question des réserves aux traités antiterroristes, le CAHDI examine pour la première fois les réserves qui ne sont plus pendantes, c'est-à-dire pour lesquelles le délai d'objection est écoulé. Il s'agit de réserves précises d'États membres ou non membres du Conseil de l'Europe concernant des conventions du Conseil de l'Europe ou d'autres instruments. Le CAHDI en a établi la liste en septembre 2004 et il l'a transmise au Comité des ministres, en proposant que le Secrétaire général, sur les instructions du Comité des ministres, écrive aux ministres des affaires étrangères des États réservataires en leur demandant d'envisager de retirer leur réserve. C'est la première fois que le Conseil de l'Europe a adopté une telle démarche. Il a déjà reçu un certain nombre de réponses à la lettre du Secrétaire général, qui ont été portées à l'attention du CAHDI, et à sa réunion de mars 2005, le CAHDI a commencé à réviser sa liste à la lumière de ces développements. Cette activité concerne uniquement le domaine de la lutte contre le terrorisme et est aussi étroitement liée à la résolution 1373 (2001) du Conseil de sécurité.

48. M. CHEE dit que la Commission a récemment tenu une réunion avec le CICR et a été informée des travaux intensifs et de qualité effectués sur le sujet du droit international humanitaire coutumier. Il se demande donc si le travail accompli par le Conseil de l'Europe sur le même sujet ne fait pas double emploi.

49. M. BENÍTEZ (Conseil de l'Europe) fait observer que le CAHDI n'entreprend pas une nouvelle étude. L'un des auteurs de l'étude du CICR sur le droit international humanitaire coutumier participera à la prochaine réunion du CAHDI pour examiner le rapport du CICR et ses conclusions. Ainsi, le Conseil de l'Europe procède simplement à un échange de vues avec l'un des auteurs de l'étude du CICR pour déterminer dans quelle mesure celle-ci reflète les positions des États en la matière.

50. Le PRÉSIDENT remercie M. de Vel et M. Benítez pour les informations qu'ils ont données sur les activités du Conseil de l'Europe et l'intérêt qu'ils ont manifesté pour les travaux de la CDI.

Organisation des travaux de la session (*suite*[*])

[Point 1 de l'ordre du jour]

51. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission va suspendre la séance afin de clore officiellement le Séminaire de droit international.

La séance est suspendue à 11 h 20 et reprise à 12 h 15.

[11] Recommandation no R(99) 13, 18 mai 1999, 670e réunion des Délégués des ministres.

[*] Reprise des débats de la 2848e séance.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (*suite*) [A/CN.4/549, sect. E et A/CN.4/L.676]

[Point 9 de l'ordre du jour]

52. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à commenter la note d'information sur la fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, présentée par le Président du Groupe d'étude, M. Koskenniemi, à la séance précédente.

53. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que la note d'information bien élaborée et la présentation orale qui en a été faite ont confirmé son évaluation du sujet, sur lequel on ne disposait auparavant que d'informations sporadiques. Les informations dont on dispose maintenant sont d'une qualité intellectuelle et méthodologique extraordinaires, qu'il s'agisse de la hiérarchie des normes en droit international ou de l'interprétation et de l'application des traités successifs. Il exprime sa gratitude à M. Koskenniemi et remercie les membres de la Commission qui ont travaillé sur les divers aspects du sujet de la fragmentation. Les informations qui seront fournies à la prochaine session permettront un approfondissement de l'étude de la Commission.

54. M. ECONOMIDES dit que toutes les questions qui ont été ou sont examinées par le Groupe d'étude sont d'une importance théorique et pratique considérable, s'agissant de problèmes complexes sur lesquels les manuels de droit international ne donnent guère d'indications. La contribution du Groupe d'étude est donc d'une grande valeur. Toutefois, l'objectif d'un tel groupe n'est pas seulement de produire des études théoriques, mais aussi de formuler des recommandations précises à l'intention des praticiens sur tous les problèmes complexes que pose l'application du droit international.

55. La fragmentation peut être bonne ou mauvaise. L'objectif de la Commission doit être de favoriser la bonne fragmentation qui précise, développe et renforce les règles de droit et facilite leur application, tandis que la mauvaise fragmentation est à l'opposé même et consiste en des pratiques, règles et institutions qui visent à introduire des exceptions ou des dérogations aux règles, affaiblissant ainsi le droit international.

56. À cet égard, M. Economides tient à revenir sur la question des clauses de déconnexion que l'Union européenne et ses États membres tentent d'insérer dans les conventions internationales qu'ils concluent et dont il considère qu'elles sont un exemple de mauvaise fragmentation. Une clause de déconnexion typique, que l'on trouve dans un certain nombre de traités du Conseil de l'Europe, est ainsi libellée: « Dans leurs relations mutuelles, les Parties qui sont membres de la Communauté européenne appliquent les règles de la Communauté et n'appliquent donc les règles découlant de la présente Convention que dans la mesure où il n'existe aucune règle communautaire régissant le sujet particulier concerné.» Cette clause est appliquée automatiquement et est même obligatoire. Si le droit communautaire comporte des règles relatives au contenu du traité, la Communauté européenne n'applique plus le traité, mais le droit communautaire. Toutefois, dans ses relations avec les autres parties au traité, la Communauté continue d'appliquer le traité. Ainsi, la clause de déconnexion est à l'évidence un facteur de fragmentation, parce que lorsque la Communauté a des règles qui sont le pendant des règles d'une convention, les États membres de la Communauté sortent du régime conventionnel international dans le cadre de leurs relations entre eux et cessent d'appliquer ce régime. Il est clair que de telles clauses sont en conflit avec les règles fondamentales du droit international et en particulier le droit des traités. Elles remettent en cause le principe selon lequel un traité prévaut sur le droit interne des États et des organisations internationales. Elles ne sont pas non plus conformes au principe fondamental *pacta sunt servanda*, et ne sont guère compatibles avec le principe de réciprocité, qui est à la base du droit des traités. En créant un régime sur mesure pour certains États, la clause de déconnexion porte atteinte au principe de l'égalité entre États, et en particulier au droit des parties contractantes à l'égalité juridique. Bien qu'il soit quelque peu prématuré de décider de la licéité des clauses de déconnexion, leurs effets sur le droit international des traités sont déjà alarmants, et M. Economides pense comme M. de Vel que, bien qu'il n'y ait pas encore eu de problèmes avec ces clauses dans la pratique, la plus grande vigilance s'impose.

57. M. PELLET dit qu'il ne sera pas aussi intrépide que M. Economides s'agissant de dire ce qui est bon et ce qui est mauvais. La fragmentation est un fait, et l'étude de la Commission vise à aider les États à s'y retrouver dans des situations où un problème de fragmentation se pose. Les juristes ne doivent formuler ni louange ni blâme. Le droit international doit répondre aux besoins de ses utilisateurs.

58. Ceci semble heureusement être aussi l'intention du Groupe d'étude, bien que M. Pellet soit quelque peu étonné du poids relatif que l'on entend attribuer à l'étude générale et aux conclusions spécifiques que le Groupe d'étude propose d'élaborer à l'intention des États. Il espère que l'étude analytique de 150 pages annoncée par le Président du Groupe d'étude dans sa note d'information ne sera pas trop générale. Il aurait personnellement préféré que la présentation soit liée à la série condensée de 40 conclusions, car cela aurait été plus conforme à la mission de la Commission qu'une étude qui, même si elle est intéressante du point de vue de la doctrine et constitue le résultat d'un effort collectif, risque de ne pas être étroitement coordonnée avec les propositions ou directives condensées qui, selon lui, constitueront les résultats les plus utiles de l'étude.

59. Dans l'ensemble, le Groupe d'étude a produit une œuvre substantielle et intéressante. M. Pellet se félicite qu'il ait fourni une liste indicative des cas dans lesquels des problèmes de fragmentation se posent. L'un des domaines les plus intrigants de fragmentation est celui des réserves aux traités. Il sera intéressant de voir comment le Groupe d'étude pense que le sujet est lié à celui des réserves aux traités car, d'un point de vue numérique, les réserves constituent probablement le groupe le plus nombreux d'exemples de fragmentation du droit international.

60. S'agissant de points plus spécifiques, M. Pellet dit qu'aussi bien le projet de rapport du Groupe d'étude que

sa note d'information contiennent des références assez vagues aux « *general principles of international law* », une expression qui a été traduite dans les versions françaises par « les principes généraux du droit international ». Il rappelle que, pour les francophones, il existe une nette différence entre « les principes généraux du droit international » et « les principes généraux de droit reconnus par les nations civilisées », ces derniers étant ceux visés par l'Article 38 du Statut de la CIJ. Pour M. Pellet, aussi bien la note d'information que le projet de rapport devraient être attentivement révisés afin d'indiquer clairement lesquels de ces principes le Groupe d'étude a à l'esprit.

61. Deuxièmement, M. Pellet désapprouve l'opinion indûment restrictive et conservatrice du Groupe d'étude sur l'interprétation évolutive des traités. Il pense que le droit doit évoluer en réponse aux besoins de la société internationale; lorsque le contexte change, un traité ne peut plus être interprété comme s'il avait gelé le droit à un point nommé du temps, quelles qu'aient été les intentions de ses rédacteurs.

62. Troisièmement, il approuve la distinction faite dans la note d'information entre le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* – le premier ayant trait à la hiérarchie normative, ces dernières au champ d'application des normes – en particulier parce que la CIJ elle-même n'a pas toujours été cohérente à cet égard. Si la Commission, avec toute son autorité, ne faisait rien de plus que souligner ce point, le Groupe d'étude, pour cette seule raison, n'aurait pas œuvré en vain.

63. Quatrièmement, M. Pellet se demande si le titre de l'étude de M. Galicki, à savoir, « La hiérarchie des normes en droit international », est approprié. Ce qui est en cause est une hiérarchie dans les *sources* ou *normes* du droit international. Il y a une hiérarchie des normes, certes embryonnaire, reposant sur la notion de *jus cogens.* Autrement, il existe un certain nombre de dispositifs comme la *lex specialis* et la *lex posterior* qui aident à choisir entre des normes apparemment incompatibles. Ceci ne relève pas toutefois de la hiérarchie, puisqu'il s'agit de décider quelles normes doivent être appliquées.

64. En conclusion, M. Pellet dit que s'il n'a pas participé aux travaux du Groupe d'étude, il espère que l'étude du sujet aboutira à des informations et des recommandations précises à l'intention des États, car c'est ce qu'attendent ces derniers de la Commission.

65. M. GALICKI, répondant au souci exprimé par M. Pellet au sujet du titre de son étude, attire l'attention sur le paragraphe de l'étude, qui explique que bien que « La hiérarchie des normes en droit international » soit le titre choisi par la Commission, le Groupe d'étude traite des normes ayant un statut particulier en droit international, des différentes relations entre ces normes, ou même des obligations qui en découlent.

66. M. Sreenivasa RAO dit que, en dépit de ses réserves initiales concernant l'utilité du sujet, il a tiré un grand profit de sa participation au Groupe d'étude. Les analyses détaillées de ce dernier aideront effectivement les praticiens et les spécialistes à envisager dans un cadre plus général le développement quelque peu inorganisé du droit international et son application dans des contextes disparates. S'il partage les préoccupations exprimées par M. Economides et M. Pellet en ce qui concerne le champ potentiellement très vaste de l'étude et les difficultés auxquelles elle peut se heurter, les conclusions préliminaires et le résumé des débats l'ont persuadé que le Groupe d'étude a choisi la bonne approche méthodologique et donc qu'il aboutira à des résultats réellement utiles pour les praticiens. Il est clair que le Groupe d'étude a un gros travail à accomplir dans l'année à venir et que certaines des questions qu'il a soulevées, y compris celles des régimes autonomes et de la hiérarchie, appellent davantage d'éclaircissements. Une autre question qu'il a examinée mais qui n'est pas reflétée dans la présentation orale est le régionalisme, une question d'actualité sur laquelle un travail très utile a été effectué.

67. M. OPERTTI BADAN se déclare satisfait de l'analyse méthodique qu'effectue le Groupe d'étude. La valeur des informations qu'il fournira aux juristes des ministères des affaires étrangères et des organisations internationales justifie en elle-même l'étude du sujet. L'approche *ratione materiae* adoptée et consistant à étudier cinq grands thèmes constitue une bonne base pour les analyses ultérieures. Les risques d'une prolifération des normes sont ressentis non seulement par la communauté internationale dans son ensemble mais aussi au niveau régional, où des efforts sont en cours pour codifier les droits régionaux et sous-régionaux. La Commission pourrait apporter une contribution précieuse dans ce domaine. Les différents mécanismes de règlement des différends existants sous les auspices de l'OMC et des organisations d'intégration régionale sont un exemple évident de la fragmentation du droit et constituent une source potentielle de conflits. M. Opertti Badan espère que les travaux du Groupe d'étude aboutiront à une série de directives ou de recommandations qui, bien que n'étant pas obligatoires, seront utiles dans la pratique.

68. Enfin, il approuve la conception du droit international comme système de normes liées entre elles qui est celle du Groupe d'étude. M. Pellet a évoqué les réserves comme un bon exemple de la fragmentation du droit. Les liens entre ce sujet et celui de la fragmentation devraient être étudiés afin de fournir des indications pratiques aux juristes et aux praticiens sur la manière de faire face à la menace posée par la prolifération des normes.

69. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude) dit que bien que le débat sur la fragmentation du droit international doive se poursuivre lors d'une séance ultérieure, il souhaite répondre immédiatement à quelques-unes des observations qui ont été faites. S'agissant de celle de M. Economides, on admet généralement que la fragmentation est un phénomène qui présente de nombreux aspects, et les membres du Groupe d'étude estiment d'une manière générale qu'il ne leur appartient pas de qualifier les évolutions de « bonnes » ou de « mauvaises ». D'autre part, il est clair que la CDI doit être capable de produire des informations à l'intention des spécialistes de la Sixième Commission et des institutions compétentes afin qu'ils puissent tirer leurs propres conclusions sur le sujet. Le Président du Groupe d'étude a l'intention de fournir une description très claire de la pratique en matière de clauses de déconnexion.

70. Il approuve l'observation de M. Pellet concernant le manque de rigueur de la terminologie utilisée en ce qui concerne les principes généraux du droit, comprend que des distinctions doivent être faites et révisera le texte en conséquence.

71. Il y a plusieurs références à l'interprétation évolutive dans les documents dont la Commission est saisie et, dans ses conclusions finales, le Groupe d'étude devra indiquer dans quelle mesure l'interprétation doit tenir compte des développements postérieurs à la conclusion des traités. Il est nécessaire de réaliser un équilibre entre les considérations opposées de la stabilité et de l'évolution – une tâche qui incombe traditionnellement aux tribunaux. Le Groupe d'étude n'a pas de formule magique pour déterminer où s'établit cet équilibre, mais il peut fournir une assistance en donnant des exemples de la pratique.

72. Le Président du Groupe d'étude prend note de la satisfaction exprimée par M. Opertti Badan en ce qui concerne l'approche fondamentale du Groupe d'étude, à savoir que le droit international est perçu comme un système de règles qui opèrent en relation avec d'autres règles. En conclusion, il déclare que toute contribution supplémentaire des membres de la Commission, même sur des points très précis touchant les cinq études menées, sera extrêmement précieuse pour les participants à la prochaine réunion du Groupe d'étude.

La séance est levée à 13 h 5.

2861e SÉANCE

Mardi 2 août 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur de la Commission à présenter le projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session.

2. M. NIEHAUS (Rapporteur) dit que le projet de rapport est divisé en 12 chapitres: le chapitre Ier présente l'organisation de la session, le chapitre II un bref résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-septième session et le chapitre III traite des questions concrètes pour lesquelles les observations des gouvernements pourraient présenter un intérêt particulier pour la Commission. Les chapitres IV à XI portent sur les sujets de fond que la Commission a examinés cette année et le chapitre XII est consacré aux autres décisions.

CHAPITRE IV. *Ressources naturelles partagées* (A/CN.4/L.667)

3. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre IV du projet de rapport de la Commission.

A. Introduction

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 3

4. Mme ESCARAMEIA demande pourquoi l'exposé qui a été fait sur la gestion commune du système aquifère de Genève n'est pas mentionné dans ce paragraphe. Ne s'agissait-il pas d'un exposé technique informel?

5. Le PRÉSIDENT dit que cette question a été soulevée dans le cadre du Groupe de travail.

6. M. CANDIOTI fait observer qu'il faut compléter la dernière phrase du paragraphe en ajoutant « 11 ».

7. M. GAJA demande si le rapport du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées figurera dans le rapport de la Commission ou s'il n'est mentionné qu'à titre de référence.

8. M. YAMADA (Rapporteur spécial) rappelle que le Président du Groupe de travail, M. Candioti, doit faire le lendemain, en plénière, un exposé qu'il conviendra de mentionner, et demande si on peut laisser ce paragraphe de côté car il faudra le reformuler.

9. Le PRÉSIDENT dit qu'une phrase sera ajoutée à cet effet.

10. M. MANSFIELD dit qu'il faudrait faire apparaître, dans ce chapitre du rapport, que le Groupe de travail a travaillé sans relâche, est parvenu à un accord sur plusieurs projets d'articles et poursuit ses travaux. Il ne suffit donc pas d'indiquer que le Groupe de travail a tenu 11 séances.

11. Le PRÉSIDENT répond à M. Mansfield qu'il serait préférable de recevoir d'abord le rapport du Groupe de travail avant d'ajouter une phrase ou un paragraphe qui reflétera ces préoccupations.

Le paragraphe 3 ainsi modifié est adopté.

Paragraphes 4 à 11

Les paragraphes 4 à 11 sont adoptés.

Paragraphe 12

12. M. PELLET dit qu'il croyait avoir compris que le principe de l'utilisation raisonnable s'appliquait aux aquifères non alimentés et demande s'il n'y a pas une erreur dans la première phrase.

13. M. YAMADA (Rapporteur spécial) dit que cette phrase résume l'introduction de son rapport dans lequel l'application du principe de l'utilisation durable a été examinée pour deux catégories, à savoir les aquifères alimentés et les aquifères non alimentés. Il rappelle que, dans le cadre de la Convention de 1997, le principe d'utilisation durable s'applique aux eaux de surface mais pas aux eaux souterraines.

14. M. MANSFIELD estime lui aussi que le libellé de la première phrase ne reflète pas le contenu des deux projets d'articles 5 et 7 et propose de le modifier comme suit: « Le paragraphe 2 sur l'utilisation raisonnable (c'est-à-dire durable) a été subdivisé en deux alinéas *a* et *b*, pour rendre compte des différentes façons dont ce principe s'applique dans la pratique selon qu'il s'agit d'aquifères alimentés ou non alimentés.»

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 13 à 17

Les paragraphes 13 à 17 sont adoptés.

Paragraphe 18

15. M. ECONOMIDES propose de remplacer le mot « politiquement » par un terme plus neutre, par exemple « généralement ».

Le paragraphe 18, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 19 à 21

Les paragraphes 19 à 21 sont adoptés.

Paragraphe 22

16. Mme ESCARAMEIA propose de remplacer, dans la première phrase, « s'appuyer » par « faire référence » et, dans la version anglaise, de supprimer le mot « *other* » qui lui semble en contradiction avec « *generally* ». Dans un souci d'équilibre, elle propose d'ajouter, après la troisième phrase, une phrase qui pourrait être libellée comme suit: « il a été noté que le sujet différait sur le fond de celui des cours d'eau et que la Convention de 1997 devait donc simplement servir de guide ».

17. M. MANSFIELD propose de supprimer les mots « de leur caractère essentiellement non renouvelable et » car certains aquifères sont renouvelables.

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 23

Le paragraphe 23 est adopté.

Paragraphe 24

18. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA ne comprend pas le sens de la phrase « jouer un rôle contextuel dans le projet d'articles ».

19. Le PRÉSIDENT propose de remplacer « contextuel » par « quelconque ».

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 25 à 27

Les paragraphes 25 à 27 sont adoptés.

Paragraphe 28

20. M. GAJA souhaite remplacer, à la troisième ligne de la version anglaise, le mot « *conducive* » dont le sens lui échappe, et supprimer la dernière phrase du paragraphe qui lui semble en contradiction avec celle qui précède.

21. Le PRÉSIDENT propose de remplacer « *conducive* » par « *helpful* » dans la version anglaise et de supprimer la dernière phrase.

Le paragraphe 28, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 29

Le paragraphe 29 est adopté.

Paragraphes 30 et 31

22. M. GAJA propose de supprimer le mot « tiers » au paragraphe 30 et « *third* » aux paragraphes 31 et 74 de la version anglaise.

Les paragraphes 30 et 31, ainsi modifiés, sont adoptés.

Paragraphes 32 à 37

Les paragraphes 32 à 37 sont adoptés.

Paragraphe 38

23. Mme ESCARAMEIA propose d'insérer, après les mots « dans les projets d'articles 7 et suivants », le membre de phrase suivant: « "zones de réalimentation et de déversement" dans le territoire d'États tiers au paragraphe 3 du projet d'article 13 ».

Le paragraphe 38, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 39

Le paragraphe 39 est adopté.

Paragraphe 40

24. M. PELLET propose de remplacer les mots « sur un pied d'égalité », dont le sens lui échappe, par « selon des modalités souples ».

Le paragraphe 40, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 41

Le paragraphe 41 est adopté.

Paragraphe 42

25. M^me^ ESCARAMEIA propose d'insérer la phrase suivante après la première phrase: « Certains membres ont estimé, cependant, que l'expression "envisagent d'aligner" était trop faible et devait être remplacée.»

Le paragraphe 42, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 43

26. M. PELLET dit que le terme « projet d'article », à la troisième ligne de la version française, devrait être au pluriel. Faisant observer que cette erreur est fréquente, dans la version française comme dans la version anglaise, il demande instamment au secrétariat de bien vouloir revoir l'ensemble du texte.

Le paragraphe 43 est adopté.

Paragraphe 44

27. M. GAJA propose de scinder en deux la deuxième phrase et de remplacer « dans la mesure où elle présupposait que » par « si » et « auquel cas » par « selon certains membres », de sorte que la phrase se lirait comme suit: « Une telle proposition ne serait valable que si tous les États qui partagent un aquifère étaient parties à la Convention de 1997. Selon quelques membres, il serait raisonnable de concevoir… »

28. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA ne comprend pas l'expression « tant sur le plan juridique que sur celui des principes » qui figure à la dernière phrase du paragraphe et demande s'il est fait référence à des principes méthodologiques plutôt que juridiques.

29. Le PRÉSIDENT demande si l'on peut supprimer purement et simplement les mots « *legally and policy-wise* ».

30. M. PELLET estime qu'il s'agit d'un problème de traduction et propose de remplacer les mots « des principes » par « de l'opportunité ».

31. M. MANSFIELD dit qu'au cours du débat, des raisons juridiques et des raisons de politique générale avaient été avancées à propos notamment de la vulnérabilité des cours d'eau à la pollution, mais reconnaît que le terme « *policy-wise* » est étrange.

32. M. BROWNLIE estime que les mots « *legally and as a matter of policy* » seraient préférables.

Le paragraphe 44 est adopté, tel qu'il a été modifié par M. Gaja et M. Brownlie.

Paragraphe 45

33. M. MANSFIELD propose de supprimer la référence à l'instrument-cadre et de reformuler la première phrase comme suit: « Bien que l'attention ait été appelée sur le paragraphe 2 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, certains membres ont douté que cette disposition puisse servir de précédent au paragraphe 2.»

Le paragraphe 45, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 46 à 48

Les paragraphes 46 à 48 sont adoptés.

Paragraphe 49

34. M. PELLET juge l'avant-dernière phrase totalement incompréhensible et suggère de la remplacer par « On a indiqué que l'un des facteurs à prendre en compte à l'alinéa *c* était l'importance de l'eau de boisson.»

Le paragraphe 49, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 50

35. M. PELLET fait remarquer que, dans la dernière phrase du texte français, il faudrait écrire « des États autres que les États de l'aquifère ».

36. M^me^ ESCARAMEIA estime que la septième phrase doit être complétée par « étant donné qu'il faut parfois de nombreuses années avant que les effets sur les eaux souterraines ne soient décelables ».

37. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter le paragraphe 50 avec les modifications suggérées par M. Pellet et M^me^ Escarameia.

Le paragraphe 50, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 51

Le paragraphe 51 est adopté.

Paragraphe 52

38. M. MANSFIELD fait remarquer que dans la version anglaise « *operate* » doit être remplacé par « *cooperate* ».

Le paragraphe 52 est adopté avec la correction susmentionnée.

Paragraphes 53 à 55

Les paragraphes 53 à 55 sont adoptés.

Paragraphe 56

39. M^me^ ESCARAMEIA dit que la deuxième phrase semble contredire la première et propose de remplacer « par exemple » par « cependant ».

Le paragraphe 56, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 57

40. M. GAJA suggère de supprimer, au début de la dernière phrase « Ces États tirent un grand parti des aquifères et » et d'écrire: « Certains membres ont douté de l'existence, en droit international général, d'une base sur laquelle fonder l'obligation de coopérer pour les États autres que les États de l'aquifère.»

Le paragraphe 57, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 58

41. M. GAJA propose, dans la première phrase, de remplacer « ce principe » par « le principe de précaution ».

42. Mme ESCARAMEIA dit que la dernière phrase ne rend pas la teneur de son intervention en plénière et demande qu'elle se lise comme suit: « Il était bien établi en tant que principe du droit international de l'environnement et devait être souligné dans le projet d'articles.»

43. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter le paragraphe 58 avec les modifications suggérées par M. Gaja et Mme Escarameia.

Le paragraphe 58, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 59

44. M. PELLET souhaiterait que l'on tranche une fois pour toutes la question de savoir à quel moment le terme « projet d'article » doit prendre un « s », car la signification peut s'en trouver modifiée. Étant lui-même d'avis qu'il faut l'écrire sans « s » lorsqu'il s'agit d'un projet d'article et avec un « s » lorsqu'il s'agit de plusieurs projets d'articles ou de l'ensemble du projet d'articles, il indique que la question se pose notamment au paragraphe 59: veut-on parler des objectifs de l'ensemble du projet d'articles ou des objectifs du projet d'article 14? Il semble que la seconde hypothèse soit la bonne et, si tel est le cas, il faut supprimer le « s » final.

45. M. YAMADA (Rapporteur spécial) confirme qu'au paragraphe 59, il est question uniquement du projet d'article 14, et qu'il faut donc supprimer le « s ».

46. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter le paragraphe 59 avec la modification susmentionnée.

Le paragraphe 59, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 60 à 66

Les paragraphes 60 à 66 sont adoptés.

47. M. GALICKI fait une observation qui concerne l'ensemble des projets d'articles venant d'être examinés: il faudrait, dans la version anglaise, harmoniser la manière dont on s'y réfère en début de paragraphe, en choisissant d'utiliser « *on* » partout ou de le supprimer partout.

48. Le PRÉSIDENT dit que la proposition de M. Galicki sera transmise au secrétariat.

Paragraphes 67 et 68

Les paragraphes 67 et 68 sont adoptés.

Paragraphe 69

49. M. PELLET, jugeant ambiguë la formulation « conformément au mandat de l'Assemblée… », propose d'écrire « conformément au mandat qu'elle a reçu de l'Assemblée… »

Le paragraphe 69, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 70 à 75

Les paragraphes 70 à 75 sont adoptés.

Paragraphe 76

50. M. PELLET estime qu'il faudrait préciser ce qu'on entend par « l'organisation administrative ».

51. M. Sreenivasa RAO suggère d'écrire plutôt « la gestion et les mécanismes institutionnels des aquifères transfrontières ».

52. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se demande si l'emploi du terme « rivières », dans la deuxième phrase, est délibéré ou si l'on veut plutôt parler de « fleuves ».

53. Le PRÉSIDENT suggère de remplacer « rivières » par « cours d'eau ».

54. M. CANDIOTI propose de corriger, dans la version anglaise, le nom de l'aquifère cité pour qu'il se lise: « *Franco-Swiss Genevese Aquifer Authority* ».

55. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter le paragraphe 76 avec les modifications suggérées par M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Pambou-Tchivounda, lui-même et M. Candioti.

Le paragraphe 76, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Paragraphe 77

Le paragraphe 77 est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre IV du projet de rapport, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE V. *Effets des conflits armés sur les traités* (A/CN.4/L.668)

56. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre V du projet de rapport consacré aux effets des conflits armés sur les traités.

A. Introduction

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 sont adoptés.

57. M. GAJA fait observer que la présentation du chapitre V du projet de rapport de la Commission est inhabituelle mais semble constituer une innovation intéressante. Certains problèmes de chronologie se posent néanmoins: au paragraphe 25 par exemple, qui concerne l'article premier, on évoque une proposition formulée ultérieurement, dans le contexte de l'article 10. Il faudrait donc soit

regrouper les conclusions du Rapporteur spécial à la fin soit apporter certaines modifications à divers paragraphes.

58. M. PELLET considère que cette nouvelle présentation constitue une excellente initiative du Rapporteur et ne pense pas comme M. Gaja qu'il faille regrouper les conclusions du Rapporteur spécial à la fin du chapitre. Il propose de laisser ce chapitre tel quel, quitte à rétablir la chronologie là où cela s'impose.

59. M. ECONOMIDES fait observer qu'il y a une forte disparité entre les divers chapitres du projet de rapport. Si le chapitre relatif aux ressources naturelles partagées était excellent, le chapitre à l'examen ne reflète pas adéquatement les positions prises par les membres. Il n'a, quant à lui, trouvé aucune trace de ses interventions et se demande quels critères applique le Secrétariat lorsqu'il résume un débat. Cela soulève la question plus générale des méthodes de travail et de la transparence.

60. Le PRÉSIDENT fait observer que les membres de la Commission, et M. Economides en particulier, sont tout à fait libres de demander, lors de l'examen des divers paragraphes, que l'on ajoute une phrase pour rendre compte de l'opinion qu'ils ont exprimée.

61. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que le problème, celui de savoir dans quelle mesure ce type de rapport doit refléter les vues des membres, n'est pas nouveau.

62. M. GAJA, évoquant la présentation nouvelle mise en œuvre dans le chapitre V, dit qu'il souhaiterait que la Commission adopte une présentation uniforme.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

63. M. PELLET dit que, dans le texte français, le mot « justifiable » doit être remplacé par « justiciable ».

Le paragraphe 7 est adopté avec la correction susmentionnée.

Paragraphes 8 et 9

Les paragraphes 8 et 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

64. M^me^ ESCARAMEIA propose d'ajouter le mot « extrêmement » avant le mot « utile » qui figure dans la dernière phrase, car l'étude du Secrétariat était effectivement très utile.

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

65. M. ECONOMIDES estime que la question qui a dominé le débat n'est pratiquement pas évoquée dans le résumé de celui-ci et propose donc, pour y remédier, d'ajouter après le paragraphe 11 un paragraphe 11 *bis* ainsi libellé:

« Plusieurs membres ont fait observer que le projet d'articles devrait être compatible avec les buts et principes de la Charte des Nations Unies. En particulier, il devait prendre en considération le caractère illicite de l'emploi de la force dans les relations internationales et la distinction fondamentale entre l'agression et la légitime défense individuelle ou collective ou l'emploi de la force dans le contexte du système de sécurité collective des Nations Unies. »

66. Le PRÉSIDENT dit qu'il croit comprendre que la Commission souhaite adopter le nouveau paragraphe 11 *bis* proposé par M. Economides.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphe 12

67. M. GAJA propose de remanier comme suit la dernière phrase du paragraphe 12 concernant les décisions des tribunaux internes: « Leur importance est attestée par l'étude du Secrétariat, qui mentionne plusieurs de ces décisions.»

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 13 à 18

Les paragraphes 13 à 18 sont adoptés.

Paragraphes 20 et 21

Les paragraphes 20 et 21 sont adoptés.

Paragraphe 22

68. M. GAJA propose de supprimer la première phrase du paragraphe ainsi que le mot « donc » qui figure dans la deuxième phrase, et de remanier la dernière phrase comme suit: « Certains membres se sont dits en faveur de l'inclusion des traités qui n'étaient pas encore en vigueur, tandis que d'autres ont estimé que seuls les traités en vigueur au moment du conflit devraient être visés par le projet d'articles.»

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 23 à 31

Les paragraphes 23 à 31 sont adoptés.

Paragraphe 32

69. M^me^ ESCARAMEIA, qu'appuie M. GAJA, propose de supprimer la dernière proposition de la première phrase du paragraphe, à partir des mots « même si ».

70. M. PELLET dit que dans la troisième phrase il conviendrait d'insérer les mots « la portée de » après le mot « limiter ».

Le paragraphe 32, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 33 à 36

Les paragraphes 33 à 36 sont adoptés.

Paragraphe 37

71. M. MANSFIELD propose, dans la première phrase du texte anglais, de remplacer le mot «*as*» par «*from*».

Le paragraphe 37 est adopté avec une modification rédactionnelle à la version anglaise.

Paragraphe 38

72. M. ECONOMIDES dit que, dans son libellé actuel, la dernière phrase du paragraphe n'a guère de sens. Il propose d'y ajouter les mots «dans le contexte du projet d'article 3».

Le paragraphe 38, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 39 et 40

Les paragraphes 39 et 40 sont adoptés.

Paragraphe 41

73. M. GALICKI dit que dans la première phrase du texte anglais il conviendrait, pour la cohérence, d'ajouter le mot «*that*» avant le mot «*war*» à la deuxième ligne.

Le paragraphe 41 est adopté avec une modification rédactionnelle à la version anglaise.

Paragraphe 42

Le paragraphe 42 est adopté.

Paragraphe 43

74. M. PELLET estime que la dernière phrase du paragraphe 43 est extrêmement faible et il propose, pour remédier au problème, de remplacer les mots «pourrait lui aussi jouer un rôle» par «était essentiel».

75. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) souligne qu'il faut distinguer nettement − et c'est cette distinction à laquelle il songeait lorsqu'il a présenté sa version initiale, délibérément provocatrice, de l'article 10 − entre faire de l'interdiction du recours à la force et la licéité ou l'illicéité du conflit armé en cause une condition de l'application du projet d'articles, ce à quoi il serait opposé, et préserver la question de l'effet juridique de ladite licéité ou illicéité. Il serait en effet extrêmement fâcheux d'aboutir à une solution selon laquelle, tant que la licéité ou l'illicéité du conflit armé n'aurait pas fait l'objet d'une appréciation faisant autorité, le projet d'articles ne s'appliquerait tout simplement pas.

76. M. PELLET fait observer que, comme certains membres de la Commission considèrent qu'il s'agit là d'un élément essentiel, il faut l'indiquer dans le rapport. Dans le même ordre d'idées, il propose de remplacer, dans l'avant-dernière phrase du paragraphe, «plausible» par «important».

77. M. ECONOMIDES, appuyant M. Pellet, souligne que l'égalité entre belligérants n'est acceptable que dans le cadre du droit international humanitaire. Dans tous les autres domaines, il ne saurait y avoir d'égalité puisque l'agression ne saurait créer d'effets juridiques.

78. Le PRÉSIDENT rappelle que la dernière phrase du paragraphe reflète ce que certains membres ont exprimé lors des débats. Il ne s'agit pas d'une affirmation mais d'une position. Si M. Brownlie le juge nécessaire, il peut inclure une explication à ce sujet dans ses conclusions.

79. M. Sreenivasa RAO dit qu'il souscrit à la proposition du Président. Il importe de mentionner toutes les prises de position des membres de la Commission, pour autant qu'on le fasse de manière proportionnée.

80. Le PRÉSIDENT propose d'adopter le paragraphe 43 avec les modifications indiquées par M. Pellet.

Le paragraphe 43, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 44

81. M. ECONOMIDES propose de remplacer dans la première phrase «vague et subjectif» par «vague, subjectif ou non existant». Il propose en outre d'ajouter à la fin de la deuxième phrase le membre de phrase suivant: «C'était particulièrement le cas depuis la fin de la Deuxième Guerre mondiale.»

82. Mme ESCARAMEIA soutient la première proposition de M. Economides et considère qu'il y a lieu de préciser que l'un des critères pourrait être le type de traité et sa compatibilité avec des situations de conflit armé.

83. M. GAJA fait observer que la deuxième proposition de M. Economides tend à amoindrir la portée de la phrase. Il ne croit pas que cette précision soit vraiment nécessaire, mais ne s'opposera pas à son inclusion.

84. M. KOSKENNIEMI dit qu'il partage l'avis de M. Gaja et propose d'insérer, après la deuxième phrase, une nouvelle phrase qui se lirait ainsi: «Lorsqu'ils concluaient un traité, les États songeaient rarement aux effets d'un éventuel conflit armé.»

85. M. PELLET dit qu'il est prêt à accepter la proposition de M. Koskenniemi, mais qu'elle n'a pas la même teneur que la deuxième proposition de M. Economides. À son sens, il faudrait retenir les deux modifications proposées. Quant à la proposition de Mme Escarameia, celle-ci a raison sur le fond mais c'est au paragraphe 45 et non au paragraphe 44 qu'il faudrait apporter cette précision.

86. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter le paragraphe 44 avec les modifications indiquées par M. Economides et par M. Koskenniemi.

Le paragraphe 44, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 45 à 52

Les paragraphes 45 à 52 sont adoptés.

Paragraphe 53

87. M. MATHESON dit qu'il faudrait ajouter à la fin du paragraphe la phrase suivante: «Le Rapporteur spécial a reconnu que le principe énoncé dans l'avis consultatif relatif à la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* devrait y être reflété.»

Le paragraphe 53, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 54

Le paragraphe 54 est adopté.

Paragraphe 55

88. M. ECONOMIDES propose de modifier la deuxième partie de la première phrase pour qu'elle se lise comme suit: « tandis que d'autres se sont dits sceptiques quant à la compatibilité du projet d'article 6 avec le droit international contemporain ».

Le paragraphe 55, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 56

Le paragraphe 56 est adopté.

Paragraphe 57

89. M. PELLET dit qu'il faudrait remplacer, dans la deuxième phrase du paragraphe, « préserver » par « présumer ». Cette correction ne concerne que la version française du rapport.

Le paragraphe 57 est adopté avec une modification rédactionnelle à la version française.

Paragraphes 58 à 73

Les paragraphes 58 à 73 sont adoptés.

Paragraphe 74

90. M. PELLET demande que l'on ajoute un « s » à article dans la dernière phrase du paragraphe.

Le paragraphe 74 est adopté avec une modification rédactionnelle à la version française.

Paragraphe 75

91. M. ECONOMIDES dit que, puisque les articles 7, 8 et 9 de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international sont cités dans ce paragraphe, il faudrait en donner le texte dans une note de bas de page, pour faciliter la comparaison.

92. Par ailleurs, il se demande ce qu'il faut entendre par l'adjectif « différente » dans la deuxième phrase du paragraphe. Il propose d'ajouter à la fin du paragraphe la phrase suivante: « Il a été observé que seuls les traités incompatibles avec l'exercice du droit de légitime défense devraient être suspendus, voire annulés.»

93. Le PRÉSIDENT propose de remplacer « différente » par « contraire ».

94. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit qu'il n'a pas souvenir que cette position ait été exprimée pendant les débats.

95. M. ECONOMIDES dit qu'il a lui-même défendu cette position et insiste pour que la phrase qu'il a proposée soit insérée dans le texte.

96. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en sa qualité de membre de la Commission, rappelle qu'un des articles de l'Institut de droit international porte exactement sur cet aspect de la question. Il propose à la Commission d'adopter le paragraphe 75 tel qu'il a été modifié oralement par M. Economides.

Le paragraphe 75, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 76 et 77

Les paragraphes 76 et 77 sont adoptés.

97. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission achèvera son examen du chapitre V du projet de rapport de la Commission (A/CN.4/L.668) prochainement.

La séance est levée à 13 h 12.

2862e SÉANCE

Mardi 2 août 2005, à 15 h 10

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (*suite*)

CHAPITRE V. ***Effets des conflits armés sur les traités (suite)*** **[A/CN.4/L.668]**

B. Examen du sujet à la présente session (*suite*)

Paragraphe 78

1. M. PELLET demande des éclaircissements au sujet de la dernière phrase qui se lit comme suit: « Il a toutefois fait observer qu'une telle clause ne résoudrait pas les problèmes relatifs à la chaîne causale. On ne savait donc pas dans quelle mesure les États concernés s'en prévaudraient pour suspendre des traités, en l'absence d'une autre cause imposant la suspension ou l'extinction.»

2. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que la dernière phrase concerne le problème de l'extinction de facto, qui était censé avoir été clarifié par la version antérieure du projet d'article 10, qui n'a pas été retenue. Comme il l'a expliqué à plusieurs reprises, apparemment sans succès, l'objectif de ce projet d'article est de soulever un problème intellectuel, non de prouver que le Rapporteur spécial n'accepte pas la version de l'emploi de la force d'après 1945. Il est question de la suspension ou de l'extinction de facto et le principe énoncé à l'article 3

se fonde sur l'un des passages les plus importants de la résolution d'Helsinki de l'Institut de droit international, selon lequel il n'y a pas d'effet de facto. Le problème de l'effet de facto est double. Premièrement, il y a relation de cause à effet: il faut qu'il existe des éléments factuels pour pouvoir suggérer que le conflit armé affecte le traité. Deuxièmement, il convient de distinguer entre une disposition précisant que le contenu du projet d'articles de la Commission n'aura aucun effet sur les dispositions de la Charte des Nations Unies relatives à la menace ou à l'emploi de la force, et la situation dans laquelle les principes concernant l'emploi de la force − les principes de fond − sont invoqués pour évaluer la validité juridique de l'emploi de la force en question. Cela ne relève pas du sujet à l'examen, ce qui explique la réaction du Rapporteur spécial à la séance précédente, lorsque le Président a accepté une déclaration qui ne représentait que la vue d'un seul membre de la Commission. Certains membres de la Sixième Commission seraient préoccupés à juste titre si la CDI se lançait « en passant » dans une codification des principes juridiques relatifs à l'emploi de la force par les États.

3. Le PRÉSIDENT demande au Rapporteur spécial s'il pourrait proposer un autre libellé qui répondrait aux préoccupations exprimées par M. Pellet.

4. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que pour lui, le libellé actuel est parfaitement clair: il signifie simplement qu'il doit exister dans les faits une base juridique pour affirmer la suspension ou l'extinction du traité concerné. Il aura besoin d'un peu de temps pour réfléchir à une formulation qui soit claire pour tout le monde.

5. Le PRÉSIDENT suggère de reporter l'examen du paragraphe 78.

Il en est ainsi décidé.

6. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que compte tenu des modifications apportées à la séance précédente et de la réorientation du résumé original du débat établi par le secrétariat qui en a résulté, les conclusions que le Rapporteur spécial formule au paragraphe 78 doivent être développées d'une manière ou d'une autre. Il propose d'ajouter une phrase qui ne préjugerait en rien des vues de l'ensemble des membres de la Commission et qui se lirait comme suit: « Le Rapporteur spécial a déclaré qu'il n'avait pas l'intention d'examiner la question de la validité ou de la nullité des traités au regard des dispositions de la Charte relatives à l'emploi ou à la menace de la force.»

7. Le PRÉSIDENT suggère que la nouvelle phrase constitue un nouveau paragraphe 78 *bis.*

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 78 bis *est adopté.*

Paragraphe 79

Le paragraphe 79 est adopté.

Paragraphe 80

8. M. ECONOMIDES pense que l'affirmation selon laquelle les projets d'articles 11 à 14 ont été généralement approuvés à la Commission n'est pas appropriée, étant donné que certains membres n'ont pas eu la possibilité d'exprimer leurs vues à ce sujet.

9. M. GAJA rappelle que le problème est dû au fait que la Commission n'a pas examiné le projet article par article. Il suggère de supprimer les mots « à la Commission » dans la version anglaise pour répondre à la préoccupation exprimée par M. Economides.

Le paragraphe 80, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 81 et 82

Les paragraphes 81 et 82 sont adoptés.

10. Après un débat de procédure concernant la référence à un questionnaire aux paragraphes 5, 15 et 19, le PRÉSIDENT suggère que la Commission se penche de nouveau sur ces paragraphes lorsqu'elle examinera le chapitre III du projet de rapport.

Il en est ainsi décidé.

CHAPITRE VI. *Responsabilité des organisations internationales* (A/CN.4/L.669 et Add.1)

A. Introduction (A/CN.4/L.669)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

11. M. GAJA (Rapporteur spécial) appelle l'attention sur le fait que les articles 1 à 7 ont été adoptés après l'examen des premier et deuxième rapports et que neuf articles supplémentaires ont été adoptés depuis lors. Il propose donc de modifier la dernière phrase du paragraphe pour qu'elle se lise: « Elle [la Commission] a adopté provisoirement les articles 1 à 7.»

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

La section A, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

12. M. PELLET, abordant un problème d'ordre général, constate que le texte des paragraphes 4 à 9 a été rédigé, comme de coutume, de manière à ne refléter que les vues du Rapporteur spécial et non celles des autres membres de la Commission. Par conséquent, il ne constitue pas un compte rendu fidèle du débat sur le sujet. Cette situation n'est pas du tout satisfaisante. Les vues du Rapporteur spécial sont déjà bien connues puisqu'elles figurent dans son rapport. Il faudrait songer, à l'avenir, à fournir un rapport plus équilibré. À cette fin, il faudrait décider, soit de signaler simplement que la Commission a adopté les projets d'articles en question, en reflétant les vues des membres dans le commentaire sans mettre particulièrement l'accent sur l'opinion du Rapporteur spécial,

soit de rédiger un résumé de toutes les vues exprimées. Lui-même préférerait la seconde solution, bien qu'il soit conscient qu'elle alourdirait encore la charge de travail du secrétariat.

13. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit qu'il est tout à fait d'accord pour que le rapport garde la trace des vues exprimées par les autres membres de la Commission. Le projet de rapport n'a fait que suivre la pratique habituelle. Lorsque des projets d'articles sont adoptés sur la base d'un rapport présenté la même année, la pratique courante est de ne pas indiquer les opinions des membres, qui seront reflétées dans une certaine mesure dans le commentaire. Il serait probablement préférable de modifier cette pratique à l'avenir. Afin que la Sixième Commission dispose de renseignements supplémentaires, il serait également utile d'inclure dans le rapport le libellé des articles présentés à l'origine à la Commission, car les documents où il figure ne sont pas distribués à grande échelle. En l'état, seuls les paragraphes 8 et 9 contiennent un très bref résumé des vues du Rapporteur spécial, sans mettre indûment l'accent sur son opinion.

14. Le PRÉSIDENT demande si l'on pourrait résoudre le problème en supprimant les paragraphes 8 et 9.

15. M. PELLET dit que les paragraphes 8 et 9 sont superflus et ne sont pas contrebalancés par une synthèse des vues des autres membres. À l'avenir, rien n'empêcherait que le texte de chaque projet d'article proposé par le Rapporteur spécial figure dans une note de bas de page, afin que le lecteur puisse comparer le texte original et la version finale adoptée par la Commission.

16. M. KOSKENNIEMI pense que la suppression des paragraphes 8 et 9 diminuerait la clarté de tout le chapitre car ces paragraphes contiennent un résumé des vues du Rapporteur spécial qui est utile au lecteur. Bien qu'il comprenne la position de M. Pellet, il est convaincu que dans ce cas précis la suppression des deux paragraphes rendrait le texte moins compréhensible.

17. M. Sreenivasa RAO dit qu'il n'a jamais compris pourquoi, lorsque des projets d'articles étaient adoptés, le rapport ne contenait que le commentaire et non les vues des membres. Un projet d'articles très compliqué a été proposé, un débat très complexe a suivi, mais l'Assemblée générale ne verra que le commentaire relatif aux projets d'articles tels qu'ils ont été adoptés. Elle n'aura aucune idée des discussions et des modifications qui en découlent et qui ont abouti à l'ensemble des articles tels qu'ils se présentent actuellement.

18. M. GAJA (Rapporteur spécial) pense que la solution est d'ajouter des éléments au rapport et non d'en retrancher. À l'avenir, il faudrait donc envisager d'élaborer un rapport plus complet. Il n'insistera pas pour que les paragraphes 8 et 9 soient conservés. Cependant, si la Commission estime qu'ils sont très utiles parce qu'ils contribuent à expliquer les projets d'articles, ils devraient être retenus.

19. Le PRÉSIDENT dit qu'il considère que la Commission souhaite conserver les paragraphes 8 et 9.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphes 4 à 8

Les paragraphes 4 à 8 sont adoptés.

Paragraphe 9

20. M. GAJA (Rapporteur spécial) suggère de modifier l'avant-dernière phrase pour qu'elle se lise comme suit: « Ils supposaient que les membres des organisations internationales donnent suite aux actes de ces dernières, lesquels pouvaient être des décisions obligatoires, ou des recommandations ou des autorisations non obligatoires.»

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 10 à 13

Les paragraphes 10 à 13 sont adoptés.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

C. Texte des projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission (A/CN.4/L.669/Add.1)

1. Texte des projets d'articles

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté.

Commentaire du chapitre III (Violation d'une obligation internationale)

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 du commentaire du chapitre III sont adoptés.

Le commentaire général du chapitre III est adopté.

Commentaire de l'article 8 (Existence de la violation d'une obligation internationale)

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 du commentaire de l'article 8 sont adoptés.

Paragraphe 5

21. M. PELLET dit que le paragraphe 5 du commentaire de l'article 8 et la note de bas de page 26 posent un grave problème car la dernière phrase du paragraphe donne l'impression qu'il n'existe que trois opinions concernant la nature juridique des règles des organisations internationales alors qu'en réalité il y en a quatre. La première, la plus radicale, est que le droit interne d'une organisation ne fait pas partie du droit international. Un certain nombre d'auteurs, dont Cahier, Barberis et Bernhardt, la partagent. À l'inverse, la note de bas de page 26 met en avant la thèse selon laquelle les règles des organisations internationales font partie du droit international, théorie appuyée par Decleva, Balladore Pallieri et d'autres.

M. Pellet ne comprend pas pourquoi cette opinion, qui est tout à fait défendable, n'est mentionnée que dans une note de bas de page au lieu de figurer parmi les positions théoriques énumérées dans le corps du commentaire. En outre, l'« exception » mentionnée n'en est une que selon la deuxième opinion, qui n'est pas citée. M. Pellet propose donc d'ajouter une nouvelle phrase après l'appel de note 26, reprenant l'idée que selon d'autres auteurs, le droit interne des organisations internationales fait bien partie du droit international. On ajouterait une nouvelle note de bas de page 26 *bis* composée de la deuxième partie de la note 26 telle qu'elle est rédigée actuellement, à partir des mots « La théorie qui considère que les "règles de l'organisation"… » Le corps du commentaire resterait plus ou moins en l'état, à l'exception des modifications qui en découleraient; mais on aurait rendu compte de toutes les positions adoptées par les auteurs et le commentaire contiendrait une phrase logique concernant les organisations internationales parvenues à un degré d'intégration élevé − allusion à l'Union européenne.

22. M. GAJA (Rapporteur spécial) n'a aucune objection à la proposition de M. Pellet. Cependant, la structure du texte ne justifie pas que l'on accorde la même importance aux quatre positions. L'hypothèse qui sous-tend le paragraphe 4 du commentaire est que les règles des organisations internationales font partie du droit international, tandis que le paragraphe 5 indique que certains auteurs ont émis des objections à cette position dans le cas de certaines organisations ou des règles particulières de certaines organisations. Il serait peut-être préférable d'exprimer la vue de la majorité des membres de la Commission et de rappeler que certains auteurs estiment que toutes les règles des organisations internationales font partie du droit international. On pourrait alors ajouter la deuxième partie de la note de bas de page 26 et laisser le reste du texte en l'état.

23. Après un débat auquel participent M. Pellet, M. Gaja (Rapporteur spécial) et M. Economides, M. MANSFIELD suggère d'ajouter après la deuxième phrase une nouvelle phrase qui se lirait comme suit: « De nombreux auteurs considèrent que les règles d'une organisation créée par un traité relèvent du droit international. » Le texte continuerait à partir de « Pour certains auteurs, … » et le reste du paragraphe 5 pourrait être conservé en l'état.

24. Après d'autres interventions de M. Pellet et de M. Economides, M. GAJA (Rapporteur spécial) propose d'apporter les modifications suivantes au paragraphe 5 du commentaire de l'article 8: dans la deuxième phrase, les mots « dans une certaine mesure » seraient supprimés. Après la deuxième phrase, une nouvelle phrase se lirait comme suit: « De nombreux auteurs considèrent que les règles d'une organisation créée par un traité relèvent du droit international. » On ajouterait une note de bas de page comprenant la partie de la note 26 qui va des mots « La théorie qui » jusqu'à la fin de cette note. Dans la phrase qui commence par les mots « Selon une autre opinion », les mots « constituent une exception » seraient remplacés par « constituent un cas particulier ».

25. M. PELLET dit que dans la version française de la dernière phrase, les mots « une troisième opinion » devraient être remplacés par « une autre opinion encore ».

Le paragraphe 5 du commentaire de l'article 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

26. M. MATHESON a des doutes au sujet de la dernière phrase. Il n'est pas exact que « la plupart des obligations […], sinon toutes » les obligations découlant des règles d'une organisation entrent dans la catégorie des obligations relevant du droit international. Au mieux, on pourrait dire que « certaines » obligations entrent dans cette catégorie. En outre, l'ensemble du paragraphe évite délibérément de se prononcer sur la proportion de règles internes qui relèvent du droit international. M. Matheson propose de supprimer la dernière phrase.

Le paragraphe 6 du commentaire de l'article 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 7 à 9

Les paragraphes 7 à 9 du commentaire de l'article 8 sont adoptés.

Paragraphe 10

27. M. PELLET n'aime pas ce paragraphe et souhaiterait qu'il soit supprimé. Si, toutefois, le Rapporteur spécial est fermement convaincu que le paragraphe doit être conservé, il faudrait au moins y inclure une référence au projet d'article 16, que M. Pellet juge hautement contestable. L'idée exprimée au paragraphe 10 est prématurée et empiète trop sur le domaine de la responsabilité de l'État; en outre, une telle remarque pourrait s'appliquer à presque toutes les dispositions du projet d'articles.

28. M. GAJA (Rapporteur spécial) reconnaît que la remarque pourrait s'appliquer à beaucoup d'autres dispositions. En fait, si une référence doit être ajoutée, elle ne doit pas porter uniquement sur l'article 16. L'idée exprimée concerne l'imputation de la responsabilité aux organisations internationales, non aux États membres ou aux États en général, ce qui relève plutôt des règles établies dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. À sa prochaine session, la Commission abordera la question de la responsabilité subsidiaire que les États membres ou d'autres États pourraient avoir lorsque la responsabilité d'une organisation internationale est engagée; il s'agit cependant d'une question entièrement distincte.

29. Le Rapporteur spécial demeure convaincu qu'il faut exprimer quelque part dans le projet d'articles l'idée que les références qui y sont faites à la responsabilité des organisations internationales sont sans préjudice de la question entièrement distincte de savoir si les États membres ou d'autres États ont également une responsabilité. Il est disposé à déplacer le texte du paragraphe 10, peut-être à la fin du commentaire général du chapitre III. Il deviendrait alors un nouveau paragraphe 4 de cette partie.

30. M. ECONOMIDES juge que la question visée au paragraphe 10 est tellement importante qu'elle devrait faire l'objet d'un article distinct dans le projet lui-même plutôt que d'être reléguée dans le commentaire. Il faudrait insérer une clause « sans préjudice » indiquant que

lorsqu'une organisation internationale voit sa responsabilité engagée, cela est sans préjudice de la responsabilité des États membres en vertu du projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

31. M. GAJA (Rapporteur spécial) appelle l'attention sur la clause « sans préjudice » figurant à l'article 16. Elle se réfère à la responsabilité d'un État ou d'une organisation internationale qui a commis un acte, mais elle pourrait être rédigée dans des termes plus généraux. Il craint toutefois de donner l'impression erronée que la Commission a réglé les problèmes de la responsabilité de l'État lorsqu'elle a traité ceux de la responsabilité des organisations internationales. Tout compte fait, il pense qu'il ne serait pas avisé de déplacer le paragraphe 10 à la fin du commentaire général du chapitre III; il serait peut-être préférable de le supprimer purement et simplement.

32. M. KOLODKIN préférerait que le paragraphe soit conservé et transposé dans le commentaire de l'article 16.

33. M. PELLET dit qu'il a tenu à peu près le même raisonnement mais qu'il faudra veiller à ce que le paragraphe s'insère correctement dans le commentaire de l'article 16: on ne peut se contenter d'un « couper/coller ».

34. M. GAJA (Rapporteur spécial) explique que l'article 16 est une clause « sans préjudice » qui concerne uniquement le chapitre IV, c'est-à-dire les cas où une organisation internationale voit sa responsabilité engagée du fait d'un acte commis par un État ou une autre organisation internationale. Or, le paragraphe 10 du commentaire du chapitre III (art. 8) énonce une idée tout à fait différente, à savoir que lorsqu'il y a comportement illicite de la part d'une organisation internationale, sa responsabilité peut être engagée, mais cela n'empêche pas qu'il y ait une responsabilité parallèle de la part des États membres. Cette idée n'est pas nouvelle, cela fait plusieurs années qu'on en discute.

35. M. MANSFIELD revient sur la première proposition du Rapporteur spécial tendant à déplacer le texte du paragraphe 10, en y ajoutant une phrase d'introduction appropriée, de manière à constituer un nouveau paragraphe 4 du commentaire général du chapitre III. Elle permettrait au lecteur de garder l'idée en question à l'esprit pendant toute la lecture du chapitre III.

36. M. Sreenivasa RAO pense qu'une affirmation telle que celle qui est faite au paragraphe 10 doit figurer quelque part dans le commentaire. Une organisation internationale est une entité régie par les règles de son acte constitutif. Les États membres jouent un rôle dans le processus décisionnel, certains plus que d'autres, mais toutes les décisions adoptées par l'organisation engagent une responsabilité commune. Certains membres de la Commission, comme M. Sreenivasa Rao lui-même, ont tenté de faire valoir que le projet d'articles devait aller au-delà, afin que les membres qui ont participé activement à l'adoption d'une décision illicite ne soient pas absous simplement parce qu'ils sont membres de l'organisation. Cette opinion doit être reflétée quelque part, et elle le serait si la fin du paragraphe 10, après les mots « puissent aussi voir leur responsabilité engagée », était supprimée.

37. M. PELLET s'oppose fermement à la proposition du Rapporteur spécial car si elle était approuvée, il serait impossible de comprendre le lien entre le paragraphe 10 et l'article 16. Il n'y a absolument aucune raison de séparer l'idée formulée au paragraphe 10 de celle exprimée à l'article 16, même si l'on explique qu'elle est différente, auquel cas l'ensemble du paragraphe devrait être remanié pour dire que cela vaut également pour l'article 16. Bien que M. Pellet n'y soit pas favorable, la proposition de M. Kolodkin a au moins l'avantage de lier les deux. Le Rapporteur spécial devra alors choisir entre « en outre » et « en particulier » pour qualifier le lien avec l'article 16.

38. Le PRÉSIDENT suggère de se pencher plus en détail sur la question de savoir où exprimer l'idée contenue dans le paragraphe 10 du commentaire de l'article 8 lorsque la Commission examinera le commentaire de l'article 16.

Il en est ainsi décidé.

Commentaire de l'article 9 (Obligation internationale en vigueur à l'égard d'une organisation internationale)

Commentaire de l'article 10 (Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale)

Commentaire de l'article 11 (Violation constituée par un fait composite)

Les commentaires des articles 9, 10 et 11 sont adoptés avec une modification rédactionnelle mineure.

Commentaire du chapitre IV (Responsabilité d'une organisation internationale à raison du fait d'un État ou d'une autre organisation internationale)

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 du commentaire du chapitre IV sont adoptés.

Paragraphe 5

39. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit qu'il faudrait corriger la référence à l'affaire *Bosphorus*, car celle-ci n'est plus examinée par la Cour européenne des droits de l'homme; il faudrait donc dire que « la Cour européenne des droits de l'homme avait également été saisie de cette question… »

40. M. PELLET estime que le paragraphe 5 est trop long et qu'il faudrait le diviser en cinq paragraphes numérotés de 5 à 9.

41. Il est très hostile à l'affirmation faite au dernier alinéa, qui commence par les mots « Aux fins du présent chapitre, il semble préférable au stade actuel… » L'argument avancé, selon lequel une telle règle irait à l'encontre de la règle générale en matière d'attribution d'un comportement à l'État énoncée à l'article 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, n'est pas convaincant[1]. Tous les projets d'articles sur la responsabilité de l'État sont sans préjudice de ce qui arrive lorsqu'une organisation internationale est concernée. Le projet d'article 57 sur la responsabilité de l'État est extrêmement vaste, car il indique que « [c]es […] articles sont sans préjudice de toute question relative à

[1] *Annuaire… 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, par. 76 et 77, p. 26 et 41 à 44.

la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale »[2]. M. Pellet est fermement opposé à la position que le Rapporteur spécial prend à ce sujet dans son rapport. Cela supposerait d'adopter une position contraire à celle qui est exprimée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État au motif qu'elle va à l'encontre de celle qui est exprimée à l'article 4, mais il n'est pas acceptable intellectuellement de dire que lorsqu'une organisation internationale est concernée, aucune position ne sera prise. Cela ne fait que déplacer le problème, puisqu'il est supposé qu'une position a déjà été adoptée à ce sujet dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, alors que toutes les tentatives en vue de traiter ces questions durant l'examen dudit projet d'articles ont été contrecarrées par l'argument selon lequel les organisations internationales ne devaient pas être visées. M. Pellet est vivement préoccupé par la justification fournie dans la dernière phrase et, avant de faire une proposition, il souhaiterait connaître l'opinion du Rapporteur spécial à ce propos. Tout cela n'augure rien de bon, car si chaque fois qu'une position prise n'est pas identique à celle exprimée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, la Commission dit qu'elle va à l'encontre du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, le projet d'articles sur la responsabilité des organisations internationales sera complètement « étouffé » par le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, chose qu'il ne faut pas laisser se produire.

42. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que ce débat a déjà émergé plusieurs fois dans le passé. La position de la Commission de l'Union européenne est que lorsqu'un État membre agit en application d'une décision ou de tout autre acte obligatoire de l'Union européenne, cet acte doit être attribué à l'organisation internationale. De l'avis de M. Gaja, cela est contraire au projet d'article 4 sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui se fondait sur l'hypothèse selon laquelle l'acte d'un organe de l'État pouvait être attribué à l'État à moins que cet organe fût mis à la disposition d'une organisation internationale. L'article 57 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État ne va pas jusqu'à dire qu'il peut y avoir une exception aux règles de l'attribution, dans le sens que ce qui y est considéré comme un acte d'un État en vertu de ces articles devient soudainement un acte d'une organisation internationale. L'arrêt rendu dans l'affaire *Bosphorus* corrobore le point de vue du Rapporteur spécial: bien qu'un certain nombre d'États membres aient fait valoir qu'ils avaient agi au nom de la Communauté européenne et que l'acte en question avait été commis non pas par l'Irlande, mais par l'organisation, les juges de la Grande Chambre de la Cour européenne des droits de l'homme ont estimé à l'unanimité que le comportement devait être attribué à l'État membre, même si celui-ci n'avait eu aucune latitude dans l'exécution d'un règlement donné. Au moment où le Rapporteur spécial élaborait le texte, l'arrêt sur le fond dans l'affaire *Bosphorus* n'avait pas encore été rendu et, ne souhaitant pas anticiper cet arrêt, il a prévu qu'il puisse y avoir des exceptions. Ainsi, la phrase qui commence par les mots « Aux fins du présent chapitre… » est probablement trop prudente, puisque l'arrêt rendu dans l'affaire *Bosphorus* a clairement montré que ce qui était en cause était l'acte d'un État et non un acte de la Communauté européenne, même si, en accomplissant cet acte, l'État avait appliqué un règlement de la Communauté européenne.

43. Plusieurs arrêts rendus par la Cour européenne des droits de l'homme corroborent l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle l'acte d'un organe d'État est l'acte d'un État et non celui d'une organisation internationale. C'est pourquoi le Rapporteur spécial suggère de supprimer la dernière phrase du dernier paragraphe et de modifier l'avant-dernière phrase pour la rendre plus catégorique.

44. En ce qui concerne la division du paragraphe 5, le Rapporteur spécial propose de créer uniquement deux paragraphes: un nouveau paragraphe 6 qui commencerait par les mots « Un groupe spécial de l'Organisation mondiale du commerce… » et un nouveau paragraphe 7 qui commencerait par « La Cour européenne des droits de l'homme avait également été saisie de cette question… »

45. Le PRÉSIDENT dit qu'il considère que la Commission souhaite approuver la proposition du Rapporteur spécial tendant à supprimer la dernière phrase du paragraphe 5 et à demander au secrétariat de modifier la numérotation des paragraphes.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 5 du commentaire du chapitre IV, tel qu'il a été modifié et renuméroté, est adopté.

Le commentaire général du chapitre IV, tel qu'il a été modifié, est adopté.

46. M. PELLET juge que le Rapporteur spécial a trop rapidement crié victoire en citant l'affaire *Bosphorus*. Les décisions de la CEDH ne sont pas toujours entièrement convaincantes. De plus, le groupe spécial de l'OMC est arrivé à la conclusion inverse. M. Pellet ne s'estime donc pas battu; l'interprétation de M. Gaja demeure contestable.

Commentaire de l'article 12 (Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite)

Le commentaire de l'article 12 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Commentaire de l'article 13 (Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite)

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 du commentaire de l'article 13 est adopté.

Paragraphe 2

47. Mme ESCARAMEIA croit comprendre que le paragraphe 2 a été inclus en réponse à l'une de ses interventions. Elle avait proposé que le titre soit, non pas « Directives et contrôle… », mais « Directives et/ou contrôle… » Consciente de ce que le libellé actuel est aligné sur celui du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, elle fait toutefois remarquer que l'on n'a pas expliqué pourquoi « et » était approprié et pas « ou ». Le paragraphe 2 lui-même cite l'exemple

[2] Ibid., p. 31.

d'une organisation (l'OTAN), responsable uniquement de la direction de la Force internationale de sécurité au Kosovo (KFOR) et d'une autre (l'ONU) responsable uniquement de son contrôle. Elle pensait que certaines de ses préoccupations seraient reflétées dans le commentaire et s'attendait donc à y trouver un passage expliquant que « Directives et contrôle » signifiait la même chose que « Directives ou contrôle », ce qu'elle ne trouve pas totalement logique mais peut accepter, car cela clarifierait la situation et aurait des implications pratiques. Le paragraphe 2 semble avoir pour objet de dire que bien que la direction et le contrôle soient séparés, un exercice conjoint est probablement envisagé. Le commentaire devrait préciser que « Directives et contrôle » signifie « Directives ou contrôle », en particulier parce que la quatrième ligne avant la fin du paragraphe 3 parle également de « direction ou contrôle ». M[me] Escarameia demande au Rapporteur spécial d'éclaircir les choses.

48. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que la formulation « Directives et contrôle » est celle employée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État, et qu'il ne faut pas adopter une formulation différente en ce qui concerne les organisations internationales. Il y a eu de longues discussions sur la question lorsque le projet d'articles sur la responsabilité de l'État a été élaboré, et il ne voit aucune raison de dire que les directives et le contrôle sont la même chose ou que l'un des deux suffit. Si l'exemple fourni est quelque peu étrange, cela est dû à la rareté de la pratique. Le Rapporteur spécial n'a épargné aucun effort pour refléter dans le commentaire les vues de l'ensemble de la Commission, mais il est impossible d'être parfaitement exhaustif. Il a cru comprendre que la plupart des membres de la Commission souhaitaient conserver la formulation employée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État.

49. Le PRÉSIDENT dit qu'il considère que la Commission souhaite adopter le paragraphe 2 en l'état.

Le paragraphe 2 du commentaire de l'article 13 est adopté.

Paragraphes 3 et 4

Les paragraphes 3 et 4 du commentaire de l'article 13 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 13 est adopté.

Commentaire de l'article 14 (Contrainte sur un État ou une autre organisation internationale)

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 du commentaire de l'article 14 sont adoptés.

Le commentaire de l'article 14 est adopté.

Commentaire de l'article 15 (Décisions, recommandations et autorisations adressées aux États membres et organisations internationales membres)

Paragraphe 1

50. M. MATHESON pense que la formulation de la fin de la première phrase n'est pas tout à fait claire au sujet de la relation entre les deux éléments décrits dans la phrase. Elle le serait davantage si l'on remplaçait les mots « et d'échapper ainsi » par « ce qui reviendrait à échapper ».

Le paragraphe 1 du commentaire de l'article 15, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 2 à 5

Les paragraphes 2 à 5 du commentaire de l'article 15 sont adoptés.

Paragraphe 6

51. M. PELLET se demande si, étant donné que le paragraphe 6 est très abstrait, on ne pourrait pas l'illustrer par une référence à l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni* dans laquelle, selon sa propre interprétation, la Cour a donné tort au Royaume-Uni, non pas pour avoir appliqué l'acte concernant l'élection des représentants au Parlement européen au suffrage universel direct, mais pour l'avoir fait d'une manière qui ne découlait pas nécessairement de la position de la Communauté européenne. Un tel exemple enrichirait le commentaire.

52. M. GAJA (Rapporteur spécial) n'est pas convaincu par la proposition tendant à mentionner l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni*. Le Royaume-Uni a effectivement appliqué un acte d'une manière particulière, mais il s'agissait d'un accord international et non d'un acte de la Communauté européenne. Cet acte modifiait le traité en créant la possibilité d'organiser des élections au suffrage universel. L'affaire *Cantoni c. France* serait un meilleur exemple, mais il n'y a pas eu violation et de ce point de vue, l'affaire *Matthews c. Royaume-Uni* aurait été plus convaincante. Le Rapporteur spécial examinera les différentes affaires pour voir s'il peut trouver un meilleur exemple avant la séance du lendemain.

53. Le PRÉSIDENT suggère que compte tenu des remarques du Rapporteur spécial, la suite de l'examen du paragraphe 6 soit reportée jusqu'à la séance plénière suivante.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 17 h 55.

2863[e] SÉANCE

Mercredi 3 août 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, M[me] Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Ressources naturelles partagées *(fin)* [A/CN.4/549 et Add.1, sect. B, A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1, A/CN.4/555 et Add.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

1. Le PRÉSIDENT invite le Président du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées à présenter le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.681 et Corr.1).

2. M. CANDIOTI (Président du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées), présentant le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.681 et Corr.1), dit qu'aux 11 séances qu'il a tenues entre le 19 mai et le 26 juin 2005, le Groupe de travail a examiné les projets d'article présentés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/551, Corr.1 et Add.1) en vue de la présentation éventuelle d'un texte révisé compte tenu des débats de la Commission sur le sujet. Le Groupe de travail a entendu des avis et exposés d'experts des eaux souterraines de l'UNESCO et de l'Association internationale des hydrogéologues, et a eu une séance d'information avec la Commission d'exploitation de la nappe souterraine du Genevois, le 12 juillet 2005. Tout cela a grandement facilité ses travaux.

3. Huit projets d'articles que le Groupe de travail a examinés dans le cadre de ses travaux sont annexés à son rapport.

4. En ce qui concerne la forme, le Groupe de travail a, pour l'essentiel, approuvé la démarche proposée par le Rapporteur spécial, consistant à mettre l'accent sur le fond sans préjudice de la forme finale. Ainsi, le terme « projet d'articles » est utilisé chaque fois que « convention » apparaît dans le texte présenté par le Rapporteur spécial. La question de la forme finale est, bien entendu, importante et un certain nombre de membres ont souhaité que le Groupe de travail l'aborde à un moment ou un autre. Il faut espérer qu'il sera en mesure de le faire si la Commission décide de le reconstituer en 2006. Le Groupe de travail, qui n'a pas achevé ses travaux, propose d'ailleurs à la Commission, au paragraphe 6 de son rapport, de le reconstituer pendant la première partie de sa session de 2006. Conscient de la lourde charge de travail prévue pour l'année suivante, il espère néanmoins que la Commission pourra achever en 2006 l'examen en première lecture du projet d'articles.

5. Conformément à la pratique suivie par la Commission, le Groupe de travail ne s'est pas occupé des clauses finales. Il a par ailleurs utilisé des notes de bas de page ou des crochets, le cas échéant, pour indiquer les points qui appelleraient ultérieurement une décision, un complément d'examen ou des précisions, ou encore des explications dans le commentaire. Les numéros d'articles indiqués entre crochets sont ceux qui figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial. Le Groupe de travail a en outre décidé d'organiser le projet d'articles de sorte que les principes généraux applicables soient énoncés dans les premiers chapitres. Par conséquent, les projets d'articles 3 et 4 qui figuraient dans le troisième rapport du Rapporteur spécial, consacrés, respectivement, aux arrangements bilatéraux et régionaux et à la relation entre le projet d'articles et d'autres conventions et accords internationaux, seront examinés ultérieurement, de même que l'endroit où ils seront placés.

6. Le Groupe de travail s'est également demandé s'il était nécessaire de structurer le projet d'articles de façon à énoncer les obligations applicables à tous les États en général, les obligations de chacun des États de l'aquifère vis-à-vis des autres et les obligations des États de l'aquifère vis-à-vis des États tiers. Pour le moment, il s'est concentré sur les obligations de chacun des États de l'aquifère vis-à-vis des autres et il reviendra sur les autres ultérieurement.

7. En ce qui concerne le fond, le projet d'article premier et le projet d'article 2 sont, pour l'essentiel, ceux qu'avait proposés le Rapporteur spécial. Dans la définition de l'aquifère, l'ajout de l'adjectif « souterraine » vise à souligner que les aquifères sont situés sous la surface. Un certain nombre de notes de bas de page ou de crochets indiquent des points qui pourraient appeler un complément d'examen par la Commission ou encore des explications dans le commentaire, y compris des points dont le Groupe de travail a estimé qu'ils devaient plutôt figurer dans le commentaire que dans le texte du projet d'articles.

8. Lors des débats de la Commission, certains membres ont fait des observations relatives aux principes de la souveraineté territoriale et de la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Le projet d'article 3 sur la souveraineté des États de l'aquifère vise à refléter une convergence de vues sur la manière d'aborder la question dans le contexte du projet d'articles. Il ne fait qu'énoncer le principe selon lequel les États de l'aquifère exercent leur souveraineté sur la portion de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière relevant de sa compétence territoriale. Il a été clairement convenu que la souveraineté n'était pas absolue. Comme cela est indiqué dans la note de bas de page, le texte de la seconde phrase devra être réexaminé après l'examen de l'ensemble du projet d'articles.

9. Le projet d'article 4 sur l'utilisation équitable et raisonnable adopte une approche différente de celle qu'avait choisie le Rapporteur spécial. Il n'énonce pas de critères différents pour déterminer une utilisation raisonnable selon qu'il s'agit d'un aquifère alimenté ou d'un aquifère non alimenté. La distinction entre ces deux types d'aquifère est maintenue, mais les mêmes critères minimum permettant de déterminer l'utilisation raisonnable s'appliquent dans les deux cas. L'objectif est ainsi de maximiser les avantages qui seront tirés sur le long terme de l'utilisation de l'eau contenue dans l'aquifère ou le système aquifère et, à cette fin, les États concernés établissent un plan global d'utilisation, en prenant en considération les besoins présents et futurs en eau et les autres ressources possibles en eau. En outre, s'agissant d'un aquifère alimenté, il est nécessaire de prendre des mesures pour qu'il puisse continuer à fonctionner effectivement, et les niveaux d'utilisation ne doivent pas être tels qu'ils l'en empêchent. Cela ne signifie nullement que le niveau d'utilisation doit être limité au niveau d'alimentation. Ce point sera expliqué dans le commentaire, de même que d'autres notions telles

qu'« avantages sur le long terme » et « durée de vie convenue de l'aquifère ou du système aquifère », qui figuraient dans le texte antérieur du Rapporteur spécial.

10. Dans les deux paragraphes du projet d'article 4, les mots « sur leurs territoires respectifs » ont été supprimés pour tenir compte des particularités des aquifères transfrontières. Le paragraphe 3 a également été supprimé car on a estimé que la question de la coopération devait être abordée ailleurs.

11. Les facteurs à prendre en considération pour déterminer une utilisation équitable et raisonnable sont énoncés au projet d'article 5 qui, pour l'essentiel, correspond au texte qu'avait proposé le Rapporteur spécial. Certains points, tels que le remplacement de l'état naturel par les caractéristiques naturelles, à l'alinéa *a*, ainsi que l'élément relatif à la viabilité et aux coûts, à l'alinéa *h*, seront expliqués plus en détail dans le commentaire. Par ailleurs, le Groupe de travail a jugé nécessaire d'inclure dans les facteurs pertinents pour une utilisation raisonnable et équitable la place de l'aquifère ou du système aquifère dans l'écosystème correspondant, ce qui pourrait se révéler important dans les régions arides. L'alinéa en question reste cependant entre crochets en raison des différentes significations du terme « écosystème » au sein de la communauté scientifique, et le Rapporteur spécial s'efforcera d'obtenir des éclaircissements à ce sujet, compte tenu également du projet d'article 12 figurant dans son troisième rapport sur la protection et la préservation de l'écosystème. Certains membres ont estimé que ce facteur pouvait être un corollaire utile de l'obligation énoncée dans ce projet d'article.

12. Le Groupe de travail a également eu une discussion concernant l'importance particulière à accorder à l'eau potable et à d'autres ressources essentielles. C'est pour en rendre compte que l'on a ajouté, à la fin du paragraphe 2 du projet d'article 5, une référence aux besoins humains vitaux, qui figurait initialement dans le projet d'article 11 sur le rapport entre les différentes utilisations proposé dans le troisième rapport du Rapporteur spécial.

13. Consacré à l'obligation de ne pas causer de dommages aux autres États de l'aquifère, le projet d'article 6 aborde la question des dommages découlant de l'utilisation ou d'activités autres que l'utilisation et celle de l'élimination et de l'atténuation de tout dommage significatif causé en dépit de la diligence raisonnable qui a été exercée. Le Groupe de travail a décidé d'envisager d'aborder dans un article distinct la question de la réparation dans les cas où un dommage s'est produit malgré les efforts pour l'éliminer ou l'atténuer. Il a été clairement convenu que la notion de dommage significatif était relative, et que cette question serait traitée de manière adéquate dans le commentaire.

14. Aucune modification majeure concernant le fond n'a été apportée au projet d'article 7 sur l'obligation générale de coopérer. Le Groupe de travail a approuvé l'idée de s'appuyer sur des précédents tels que la Convention de 1997, mais s'est demandé si les principes de l'« égalité souveraine » et de l'« intégrité territoriale » ne devaient pas être énoncés ailleurs que dans une disposition relative à la coopération. Cette question pourrait être réexaminée ultérieurement. Le principe du développement durable a été inclus en tant que principe général devant également être pris en considération. Il faut le distinguer du principe de l'utilisation raisonnable énoncé dans le projet d'article 4. Le Groupe de travail a décidé de parler d'utilisation « équitable et raisonnable » au lieu de « raisonnable » dans le texte original.

15. Le paragraphe 2 du projet d'article 7 a été simplifié et certains des éléments qui y figuraient seront évoqués dans le commentaire.

16. Les modifications apportées au projet d'article 8 sont purement rédactionnelles. Il est entendu que certains termes scientifiques seront expliqués dans le commentaire.

17. En conclusion, le Président du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées remercie tous les membres du Groupe de travail et le Rapporteur spécial et espère que le Groupe de travail pourra achever sa tâche en 2006. Il recommande à la Commission de prendre note du rapport du Groupe de travail et indique que la Commission examinera la question de la reconstitution du Groupe de travail à sa session de 2006.

18. Le PRÉSIDENT, après avoir remercié et félicité tous les membres du Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées, propose à la Commission de prendre note du rapport du Groupe de travail et d'ajouter au chapitre IV du projet de rapport de la Commission concernant les ressources naturelles partagées (A/CN.4/L.667) un paragraphe 3 *bis* qui se lirait comme suit :

> « À sa 2863e séance, le 3 août 2005, la Commission a pris note du rapport du Groupe de travail. Elle s'est félicitée des progrès considérables accomplis par le Groupe de travail, qui avait examiné et modifié huit projets d'articles. Elle a pris note de la proposition du Groupe de travail tendant à ce qu'elle envisage de le reconstituer à sa session de 2006 afin qu'il puisse achever ses travaux. »

Il en est ainsi décidé.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (*suite*)

CHAPITRE VI. *Responsabilité des organisations internationales (fin)* [A/CN.4/L.669 et Add.1]

19. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de la section C du chapitre VI du projet de rapport de la Commission concernant la responsabilité des organisations internationales.

C. Texte des projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission (*fin*) [A/CN.4/L.669/Add.1]

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs (*fin*)

Commentaire de l'article 15 (Décisions, recommandations et autorisations adressées aux États membres et organisations internationales membres)

Paragraphe 5 *bis*

20. M. GAJA (Rapporteur spécial) propose d'insérer, avant le paragraphe 6, un paragraphe 5 *bis* qui se lirait comme suit :

« Un État ou une organisation internationale membre peut se voir conférer un pouvoir discrétionnaire s'agissant de l'exécution d'une décision obligatoire adoptée par une organisation internationale. Dans son arrêt sur le fond dans l'affaire *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlande*, la Cour européenne des droits de l'homme a examiné les actes qu'accomplissent les États membres de la Communauté européenne en exécution de décisions obligatoires de la Communauté et a fait observer:

"L'État n'en demeurerait pas moins entièrement responsable au regard de la Convention [de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales] de tous les actes ne relevant pas strictement de ses obligations juridiques internationales. Les nombreuses affaires examinées sous l'angle de la Convention […] le confirment. Dans chacune d'elles (voir, en particulier, l'arrêt *Cantoni* p. 1626, § 26), la Cour s'est prononcée sur la manière dont l'État avait exercé le pouvoir d'appréciation qu'il détenait en vertu du droit communautaire." »

21. Une note de bas de page renverrait au paragraphe dont la citation est tirée.

22. Le PRÉSIDENT, après avoir remercié le Rapporteur spécial, propose à la Commission d'adopter le nouveau paragraphe 5 *bis* du commentaire du projet d'article 15.

Le paragraphe 5 bis *du commentaire de l'article 15 est adopté.*

Paragraphe 6

23. M. PELLET fait remarquer qu'en français, on ne parle pas de décision « contraignante » mais de décision « obligatoire ».

Le paragraphe 6 du commentaire de l'article 15 est adopté avec une modification rédactionnelle de la version française.

Paragraphes 7 à 12

Les paragraphes 7 à 12 du commentaire de l'article 15 sont adoptés.

Le commentaire du projet d'article 15 est adopté.

Commentaire de l'article 16 (Effet du présent chapitre)

Le commentaire de l'article 16 est adopté.

Commentaire de l'article 8 (Existence de la violation d'une obligation internationale) [*suite*]

Paragraphe 10 (*fin*)

24. Le PRÉSIDENT invite les membres à poursuivre l'examen du paragraphe 10 du commentaire du projet d'article 8.

25. M. GAJA (Rapporteur spécial) dit que la proposition faite par M. Kolodkin et M. Pellet à la séance précédente, tendant à insérer le texte du paragraphe 10 dans le commentaire relatif au projet d'article 16, risque de semer la confusion. En effet, le projet d'article 16 a un but spécifique, puisqu'il concerne un chapitre précis, tandis que le paragraphe 10 contient un énoncé général. Le Rapporteur spécial préférerait retenir l'autre proposition tendant à introduire dans le projet d'articles une disposition finale qui clarifierait les choses.

Il en est ainsi décidé.

26. M. PELLET se félicite de la proposition du Rapporteur spécial mais réserve sa position sur le fond de la question et dit que, dans ces conditions, il s'interroge vraiment sur l'utilité du projet d'article 16, auquel il demeure hostile.

La section C, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre VI, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE VII. *Protection diplomatique* (A/CN.4/L.670*)

27. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à entamer l'examen du chapitre VII du projet de rapport de la Commission consacré à la protection diplomatique.

A. Introduction

Paragraphes 1 à 17

Les paragraphes 1 à 17 sont adoptés.

Paragraphe 18

28. M. GAJA propose d'indiquer dans la deuxième phrase du paragraphe, même si cela est implicite, que des commentaires ont été adoptés en même temps que les projets d'article, en ajoutant les mots « et les commentaires y relatifs » après le mot « articles » figurant à la deuxième ligne.

Le paragraphe 18, ainsi modifié, est adopté.

La section A, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 19 à 22

Les paragraphes 19 à 22 sont adoptés.

Paragraphe 23

29. M. GAJA propose, dans un souci de logique, d'intervertir les deux dernières phrases du paragraphe, les affaires citées dans la dernière phrase illustrant en effet ce qui est dit dans l'actuelle antépénultième phrase.

Le paragraphe 23, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 24 à 34

Les paragraphes 24 à 34 sont adoptés.

Paragraphe 35

30. M. PELLET considère que la dernière proposition de la dernière phrase du paragraphe est inacceptable, le développement progressif du droit étant au même titre que la codification une fonction statutaire de la Commission. Il souhaiterait savoir ce qu'en pense le Rapporteur spécial.

31. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait sienne l'observation de M. Pellet et propose de supprimer la proposition en question.

32. M. BROWNLIE estime que, malgré cette suppression, la phrase semble toujours hors contexte. Il propose donc de la supprimer dans sa totalité.

33. M. PELLET s'oppose à cette suppression, car cette phrase explique pourquoi la Commission a décidé de conserver le principe *Mavrommatis*. Il propose donc d'en remplacer la dernière proposition, à partir des mots « et la Commission s'était donné pour tâche », par les mots « et c'est pour cette raison qu'il a été retenu ».

Le paragraphe 35, ainsi modifié, est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

Le chapitre VII, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE VIII. *Expulsion des étrangers* (A/CN.4/L.674)

34. Le PRÉSIDENT invite la Commission à entamer l'examen du chapitre VIII du rapport consacré à l'expulsion des étrangers.

A. Introduction

Paragraphes 1 à 2

Les paragraphes 1 à 2 sont adoptés.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

35. M. GAJA propose de supprimer les mots « applicables dans l'ordre juridique international » à la fin de l'avant-dernière phrase du paragraphe 4.

Il en est ainsi décidé.

36. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il n'aime pas le mot « vraies » qui, dans la deuxième phrase du texte français du paragraphe 4, donne à penser qu'il pourrait y avoir de « fausses » questions de droit international. Il propose de dire « soulevait d'importantes questions de droit international ».

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 5 à 10

Les paragraphes 5 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

37. M. KOSKENNIEMI fait observer que c'est son point de vue qui est rapporté au paragraphe 11 et ses propos y sont quelque peu déformés. Il propose donc, pour que l'opinion qu'il a exprimée soit correctement exposée, de supprimer le mot « *typical* » qui figure dans la deuxième phrase du texte anglais, et de remplacer dans la même phrase les mots « le processus social » par « les cas courants » et, dans la phrase suivante, les mots « la portée » par « l'orientation ».

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 12 à 18

Les paragraphes 12 à 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

38. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO propose, dans la deuxième phrase, de remplacer, avant les premières parenthèses, les mots « demandeurs d'asile politique » par « réfugiés politiques » et d'ajouter, après les mêmes parenthèses, les mots « des demandeurs d'asile et ». Il croit par ailleurs se souvenir que le traité cité est la Convention sur l'asile territorial de 1954.

39. Le PRÉSIDENT indique que le titre de ladite Convention sera vérifié.

40. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il n'aime pas le mot « viabilité » figurant dans la dernière phrase.

41. M. PELLET estime quant à lui que cette dernière phrase est absurde car il s'agit d'une lapalissade: il est évident qu'on ne saurait tenter de définir un « étranger » sans soulever de questions de nationalité! Il propose donc de supprimer cette phrase.

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 20 et 21

Les paragraphes 20 et 21 sont adoptés.

Paragraphe 22

42. M. Sreenivasa RAO dit qu'il conviendrait, au début de la cinquième phrase, de remplacer le mot « pourraient » par « devaient ».

Il en est ainsi décidé.

43. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que la fin du paragraphe 22 à partir de la quatrième phrase, qui concerne le droit d'expulser, devrait être transférée sous la rubrique C, qui traite précisément du droit d'expulser.

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 23

*Le paragraphe 23 est adopté.*Paragraphe 24

44. M. GAJA dit que la proposition mentionnée dans la première phrase du paragraphe 24 était la sienne et qu'elle a été quelque peu déformée. Il propose de remanier comme suit le début de la phrase: « Il a en outre été proposé d'examiner dans l'étude une série de questions.»

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 25

45. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO fait observer qu'on a souligné au cours du débat que la procédure d'expulsion devait être officielle ou formelle afin que les personnes concernées disposent d'un recours. Il propose donc d'insérer, après la première phrase du paragraphe 25, une phrase ainsi libellée: « Il a été proposé que l'acte d'expulsion soit formel de manière que l'intéressé ait la possibilité d'introduire un recours.»

46. M. MATHESON dit qu'il ne s'agissait là que d'une opinion: il propose donc que la nouvelle phrase proposée par M. Rodríguez Cedeño commence comme suit: « Selon une opinion, l'acte d'expulsion… »

Le paragraphe 25, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 26

Le paragraphe 26 est adopté.

Paragraphe 27

47. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA propose, dans la deuxième phrase du texte français, de remplacer les mots « faisaient l'objet » par le mot « relevaient ».

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 28

48. Mme ESCARAMEIA fait observer que le Rapporteur spécial a indiqué qu'il lui paraissait opportun de rédiger des projets d'articles sur le sujet. Elle propose donc, dans la première phrase du paragraphe, de remplacer les mots « sur l'étude de » par « sur l'élaboration d'articles couvrant ».

Le paragraphe 28, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 29

Le paragraphe 29 est adopté.

Paragraphe 30

49. M. PELLET propose de remplacer, dans la dernière phrase, le mot « issues » par « relevant ».

Le paragraphe 30, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 31

50. M. PELLET est accablé par l'idée que la Commission n'examinera pas les questions du refus d'admission, des mouvements de population et des situations de décolonisation ou d'autodétermination ni les cas des territoires occupés au Moyen-Orient. Il estime que le sujet a été vidé de son objet et demande de quoi la Commission pourra bien parler si elle n'examine aucune de ces questions.

51. Le PRÉSIDENT rappelle qu'il s'agit des conclusions du Rapporteur spécial et qu'elles ne peuvent être modifiées en l'absence de celui-ci.

Le paragraphe 31 est adopté.

Paragraphe 32

52. M. GAJA ne comprend pas le sens de la deuxième phrase et regrette que le Rapporteur spécial ne soit pas là pour l'éclairer. Il propose de remplacer « tant le cas » par « tous les cas » et de supprimer le reste de la phrase.

53. M. BROWNLIE propose de remplacer, dans la version anglaise, « *of a legal nature* » par « *with legal consequences* ».

54. M. PELLET pense que la proposition de M. Brownlie déforme la pensée du Rapporteur spécial car une expulsion peut ne pas se traduire par un acte formel tout en ayant des conséquences juridiques. Par ailleurs, la version française est correcte, même si on pourrait, par souci de clarté, ajouter « formel » après « acte unilatéral ».

55. M. BROWNLIE propose de supprimer le premier « *legal* » dans la version anglaise car ce terme est à tort employé deux fois dans la même phrase.

56. M. MATHESON pense qu'il ne s'agit pas d'établir une distinction entre les actes qui ont des conséquences juridiques et ceux qui n'en ont pas, mais entre les actes formels et non formels. Il propose donc soit de supprimer le membre de phrase après « n'exige pas un acte formel », soit d'ajouter « *and also include informal acts* ».

57. M. GAJA propose de remplacer « tant le cas… » par « également ce cas » ou par « également les actes non formels » et de supprimer le reste de la phrase.

58. M. MANSFIELD pense aussi qu'il faudrait soit couper la phrase après « n'exige pas un acte formel », soit remplacer « tant le cas… » par « à la fois les cas formels et non formels d'expulsion ».

59. M. PELLET propose de remplacer, dans la version anglaise, « *unilateral legal act* » par « *formal unilateral act* » et « *of an act* » par « *of a conduct* », car l'idée fondamentale est d'opposer l'acte unilatéral formel au comportement.

60. M. CANDIOTI abonde dans le sens de M. Pellet et appuie la proposition de M. Matheson visant à couper la phrase après « acte formel » sous réserve d'ajouter « nécessairement » après « exige ».

61. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA demande si la modification soumise à adoption concerne aussi le texte français, dont la version initiale ne pose pas de problème, et, dans l'affirmative, souhaite que l'on ajoute « dans tous les cas » après « nécessairement », car ce dernier terme ne lui paraît pas suffisamment explicite au regard de la version initiale.

Le paragraphe 32, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 33

Le paragraphe 33 est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre VIII, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE V. *Effets des conflits armés sur les traités (suite)* [A/CN.4/L.668]

B. Examen du sujet à la présente session (*suite*)

62. Le PRÉSIDENT invite la Commission à revenir sur le paragraphe 78 du chapitre V du projet de rapport (A/CN.4/L.668) relatif aux effets des conflits armés sur les traités, et donne lecture du texte proposé par M. Brownlie pour remplacer la dernière phrase: « On ne pouvait présumer que les États concernés se prévaudraient d'une telle clause à moins qu'il n'existe des conditions juridiques imposant la suspension ou l'extinction.»

Le paragraphe 78, ainsi modifié, est adopté.

CHAPITRE IX. *Actes unilatéraux des États* (A/CN.4/L.672 et Add.1 et 2)

63. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre IX du projet de rapport de la Commission consacré aux actes unilatéraux des États (A/CN.4/L.672 et Add.1 et 2).

A. Introduction (A/CN.4/L.672)

Paragraphes 1 à 19

Les paragraphes 1 à 19 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.672/Add.1)

Paragraphes 1 à 6

Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

64. M^me^ ESCARAMEIA ne comprend pas le sens des deuxième et troisième phrases, en particulier les mots « *ramifications of certain acts* » dans la version anglaise.

65. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) propose de supprimer la deuxième phrase.

66. M. PELLET soutient cette proposition et ajoute qu'il ne comprend pas davantage le sens de la première phrase.

67. M. ECONOMIDES, embarrassé par le début de la première phrase, en particulier par les mots « résulter en traités internationaux », propose de supprimer toute la phrase.

68. Le PRÉSIDENT propose de supprimer l'ensemble du paragraphe 7.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 7 est supprimé.

Paragraphes 8 et 9

Les paragraphes 8 et 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

69. M^me^ ESCARAMEIA propose de supprimer les mots « si besoin en était », qui lui semblent superflus.

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 11

70. M^me^ ESCARAMEIA propose d'ajouter « certains » au début de la première phrase, afin de rendre compte de la diversité des opinions exprimées, et d'insérer, après la même phrase, la phrase suivante: « D'autres pensaient qu'il était possible d'établir un tel régime.» En ce qui concerne l'antépénultième phrase, si certains ont estimé que l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969 était trop restrictif, ce n'était pas seulement parce qu'ils pensaient que les actes législatifs et juridictionnels devaient être visés, mais aussi parce que le cercle des personnes mentionnées dans cet article était trop étroit. M^me^ Escarameia propose donc d'ajouter, après « par l'étude » le membre de phrase suivant: « de déclarations d'autres membres de l'exécutif ainsi que, ».

71. M. PELLET, relevant de nombreux problèmes de forme dans la version française, propose les modifications ci-après: dans la quatrième phrase, remplacer « afin de procéder à » par « d' »; dans la cinquième phrase, remplacer « champ de personnes » par « cercle des personnes »; dans la sixième phrase, remplacer, dans la parenthèse, « d'actes unilatéraux… du comportement » par « entre des actes unilatéraux… d'une part et des comportements d'autre part », puis « relevant de » par « relatives à ».

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 12 et 13

Les paragraphes 12 et 13 sont adoptés.

Paragraphe 14

72. M. PELLET propose de remplacer, à la deuxième ligne de la version française, « étude comparative des » par « comparaison avec les ».

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 15

73. M. PELLET estime plus prudent et exact de remplacer, à la deuxième ligne de la version française, « à l'unanimité » par « par consensus ». Il propose en outre de supprimer « par la suite », au début de la dernière phrase, et d'insérer « également » après « concerneraient ».

Le paragraphe 15, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 16 et 17

Les paragraphes 16 et 17 sont adoptés.

Paragraphe 18

74. M. GAJA propose de remplacer, à la quatrième phrase de la version anglaise, « *exploratory* » par « *expository* ».

75. M. PELLET fait observer que le mot « expositif » n'existe pas en français et qu'il faut le remplacer.

76. M. ECONOMIDES propose de remplacer « une étude expositive » par « un exposé ».

Le paragraphe 18, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 19

Le paragraphe 19 est adopté.

Paragraphe 20

77. M. Sreenivasa RAO dit qu'il ne comprend pas la dernière phrase du paragraphe.

78. M. PELLET estime lui aussi que cette phrase n'a pas de sens et que la phrase précédente n'en a pas beaucoup non plus. Il relève au passage qu'il faudrait parler, dans le texte français, de « licéité » et non de « légalité » et propose de supprimer la dernière phrase du paragraphe.

Le paragraphe 20, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 21

Le paragraphe 21 est adopté.

Paragraphe 22

79. M. PELLET propose d'ajouter « selon certains membres » avant « en tout état de cause ».

Le paragraphe 22, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 23

80. M. PELLET propose de remanier la première partie de la première phrase pour qu'elle se lise comme suit: « On a fait aussi observer que, outre l'intention de l'État, les conditions, l'autorisation, la capacité ou la compétence de son auteur et les facteurs décisifs… » Il demande aussi que le mot « expectation » qui figure dans la dernière phrase du paragraphe soit remplacé par le mot « expectative ».

81. M. GAJA propose une nouvelle formulation pour la dernière phrase du paragraphe, qui se lirait comme suit: « Si de tels actes n'étaient pas l'objet d'une acceptation de la part d'autres États et ne faisaient pas naître chez eux une expectative légitime. »

82. M. Sreenivasa RAO dit qu'il peut accepter la correction proposée par M. Pellet pour la première phrase, mais que le texte anglais ne lui paraît poser aucun problème. S'agissant de la deuxième phrase, il propose d'en remanier la deuxième partie comme suit: « ou n'étaient pas traités comme une base d'engagements juridiques valides par d'autres États ».

83. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter le paragraphe 23 avec la modification indiquée par M. Rao.

Le paragraphe 23, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 24

84. M. BROWNLIE dit qu'il ne comprend pas le sens de la première phrase. Il lui paraît impossible de concevoir qu'un acte juridique n'ait aucun fondement dans le droit coutumier ou conventionnel.

85. M. PELLET dit que le sens n'est pas beaucoup plus clair dans la version française. Il propose le libellé suivant pour la première phrase: « Plusieurs membres ont relevé que les actes unilatéraux par excellence qui devaient être pris en considération seraient les actes autonomes, à savoir ceux qui n'avaient pas de fondement antérieur spécifique dans le droit coutumier ou conventionnel. » Selon lui, le problème qui se pose dans la version anglaise tient peut-être à l'emploi du terme « *antecedent* » qui devrait être remplacé par « *basis* » ou « *habilitation* ».

86. M. BROWNLIE dit qu'il ne comprend toujours pas ce qu'on entend par acte « autonome ».

87. M. PELLET fait observer que M. Brownlie critique le fond du problème. Or, plusieurs membres ont défendu cette position et il faut donc en parler dans le rapport.

88. Mme ESCARAMEIA dit que le terme « *basis* » pourrait laisser entendre que ces actes n'ont aucune justification juridique. Elle propose le libellé suivant: « ou les actes qui ne sont pas déjà régis par des traités ou par une règle spécifique du droit conventionnel ».

89. M. CANDIOTI propose de remplacer « plusieurs membres » par « quelques membres ». Il voudrait aussi voir figurer dans le rapport quelques mots sur la position de ceux qui, comme lui, pensent qu'il n'y a pas d'actes autonomes sur le plan juridique.

90. M. ECONOMIDES rappelle qu'il était parmi les « plusieurs » ou « quelques » membres qui ont défendu cette position et qu'il avait lié la question de l'autonomie des actes avec celle des sources du droit. Il propose le libellé suivant pour le second membre de la phrase: « ayant valeur de source du droit international et non ceux qui dériveraient du droit coutumier ou conventionnel ».

91. Pour M. PELLET, la critique de M. Brownlie porte sur le fond et non sur la forme. Or, il s'agit d'une position que plusieurs membres ont défendue et qui doit donc être consignée dans le rapport. Il peut accepter la proposition de M. Economides même s'il n'est pas entièrement d'accord avec lui. Il propose toutefois d'écrire « … ceux qui dériveraient d'une habilitation conventionnelle ». Il fait observer par ailleurs qu'en proposant la formule « qui n'avait pas de fondement antérieur spécifique », il voulait précisément renvoyer aux règles spécifiques auxquelles Mme Escarameia a fait allusion.

92. M. BROWNLIE dit qu'il préfère la formulation de M. Economides, mais réitère que cette opinion lui paraît outrancière.

93. M. CHEE dit que si les experts ne comprennent pas le paragraphe, on peut douter que le commun des mortels soit en mesure de le faire. Pour lui, le paragraphe est incompréhensible et il ne sait toujours pas ce que l'on entend par « autonormativité » et « hétéronormativité ».

94. M. Sreenivasa RAO dit qu'il n'a pas d'objection à l'énoncé proposé par M. Economides et suggère d'ajouter à la fin du paragraphe quelques mots ou une phrase reflétant la position de M. Brownlie.

95. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter le paragraphe avec les modifications indiquées par MM. Pellet, Candioti et Economides.

Le paragraphe 24, ainsi modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 heures.

2864e SÉANCE

Mercredi 3 août 2005, à 15 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Yamada.

Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (*fin) [A/CN.4/L.676 et A/CN.4/549, sect. E]**

[Point 9 de l'ordre du jour]

1. M. CHEE tient à faire siennes les conclusions auxquelles M. Koskenniemi et le professeur Päivi Leino sont parvenus, telles qu'elles sont consignées dans un article paru dans *Leiden Journal of International Law* en 2002, sous le titre « Fragmentation of international law?: Postmodern anxieties »[1] et dans lequel les auteurs traitent des effets de la prolifération des juridictions internationales. Ils notent que deux membres de la CIJ, M. Schwebel et M. Guillaume, ont exprimé leurs craintes que ce phénomène ne porte atteinte à l'unité du droit international en donnant lieu à des conflits entre les arrêts de la Cour et les décisions rendues par d'autres tribunaux internationaux, comme le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, la Cour pénale internationale et les groupes spéciaux de l'OMC, par exemple.

2. Or, la fragmentation institutionnelle n'a pas nécessairement de répercussions sur la continuité et l'unité du droit international. Dans *The Development of International Law by the International Court*, M. Hersch Lauterpacht, juge, a souligné que la CIJ, en tant que tribunal, continuera de jouer son rôle à travers la pratique de la saisine, nonobstant les dispositions de l'Article 59 de son Statut, et que conformément à l'Article 38, paragraphe 1 *d*) du Statut, elle applique les décisions judiciaires comme moyen auxiliaire de détermination des règles de droit[2]. Les décisions des juridictions internationales et les sentences des tribunaux arbitraux internationaux rendues par le passé sont appelées à former un corpus de jurisprudence internationale de poids.

3. M. ECONOMIDES, souhaitant préciser sa position, relève qu'il a maintes fois essuyé des critiques pour avoir établi une distinction entre « bonne » et « mauvaise » fragmentation. Toutes les règles de droit international, qu'elles soient coutumières, conventionnelles ou institutionnelles, autres que le *jus cogens*, auquel la *lex specialis* ne s'applique pas, peuvent faire l'objet d'une fragmentation, laquelle, à son sens, peut être positive lorsqu'elle renforce une règle internationale ou négative lorsqu'elle l'affaiblit.

4. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude) fait observer qu'il est peut-être inutile de dégager à ce stade des conclusions. Le Bureau a jugé bon de consacrer la présente séance à un examen du sujet de la fragmentation, car c'est la dernière occasion, à la présente session, que les membres de la Commission auront d'apporter une contribution à l'étude confiée au Groupe d'étude. Comme l'étude sera plutôt dense et longue et que la Commission ne pourra pas l'examiner dans son intégralité à sa session suivante, M. Koskenniemi a souhaité donner à ses membres la possibilité d'évoquer certains de ses aspects à la session en cours.

5. Il semble que les membres de la Commission aient en général souscrit aux travaux du Groupe d'étude et aux orientations prises. M. Koskenniemi, relevant que les cinq études dont il est question dans sa note d'information n'ont fait l'objet d'aucun débat au fond, dit qu'il n'était pas dans son intention d'engager un tel débat à ce stade.

6. En tant que Président du Groupe d'étude, M. Koskenniemi se plaît à indiquer qu'il sera possible de poursuivre l'élaboration de l'étude au fond et des conclusions entre les deux sessions, à partir des travaux qui auront été accomplis. Les documents pertinents seront disponibles au début de la cinquante-huitième session, de sorte que les membres de la Commission pourront les étudier dans le détail et faire part de leurs observations et que des conclusions pourront être adoptées aussitôt que possible.

7. Comme cet échange de vues plutôt bref n'appelle pas d'autres considérations particulières, M. Koskenniemi propose que la séance soit levée pour permettre au Groupe d'étude de se réunir afin de traiter des autres questions inscrites à son ordre du jour.

---

* Reprise des débats de la 2860e séance.

[1] Vol. 15 (2002) no 3, p. 553 à 579.

[2] Londres, Stevens and Sons Limited, 1958.

8. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission accepte la proposition de M. Koskenniemi.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 15 h 20.

2865e SÉANCE

Jeudi 4 août 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (*suite*[*])

CHAPITRE IX. *Actes unilatéraux des États* (*fin*[*]) [A/CN.4/L.672 et Add.1 et 2]

B. Examen du sujet à la présente session (*fin*) [A/CN.4/L.672/Add.1]

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du chapitre IX du projet de rapport de la Commission consacré aux actes unilatéraux des États.

Paragraphe 25

2. M. PELLET propose de remplacer, dans la deuxième phrase, « qualifier » par « préciser le régime juridique applicable » et, à la dernière ligne, « de la stabilité et les libertés » par « la stabilité et la liberté d'action ».

Le paragraphe 25, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 26

3. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) propose, dans la première phrase, de supprimer le mot « politiques » et d'ajouter « juridiques » après « obligations ».

4. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA propose de remplacer, dans la première phrase, « entreprendre des obligations » par « prendre des engagements », de sorte qu'il ne serait pas nécessaire d'ajouter « juridiques » et d'ajouter, à la fin du paragraphe, « et de leur régime juridique » après « qualification ».

5. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) insiste sur l'importance du terme « juridiques » qui permet de préciser que tous les actes ne sont pas concernés. En ce qui concerne la deuxième phrase, il ne voit pas la nécessité d'ajouter « et de leur régime juridique » puisque celui-ci est déjà évoqué au paragraphe précédent et que seule la qualification importe ici.

6. M. PELLET fait observer que, dans la première phrase, il faut remplacer « ces dernières » par « la liberté d'action des États », compte tenu de la modification apportée au paragraphe 25.

7. Le PRÉSIDENT propose à la Commission d'adopter la première phrase modifiée comme suit: « En prenant en considération la liberté d'action des États, il allait sans dire qu'il y avait des actes par lesquels les États n'entendaient pas assumer des obligations juridiques » et, à la fin du paragraphe, d'ajouter « et de leur régime » après « qualification ».

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 27

8. M. ECONOMIDES, faisant observer que les deux phrases sont contradictoires, propose d'insérer « le plus souvent » après « aboutissait » et de modifier comme suit la deuxième phrase: « En effet, la bilatéralisation d'un acte unilatéral peut dans certains cas ne pas relever du domaine conventionnel. »

9. M. PELLET dit que l'expression « le plus souvent » est une prise de position statistique qui modifie le sens et propose de remplacer « aboutissait » par « pouvait aboutir ».

10. M. BROWNLIE approuve la proposition de M. Pellet mais pense qu'elle ne suffit pas à résoudre la contradiction mentionnée.

11. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) précise que le fait qu'une relation se bilatéralise n'implique pas nécessairement qu'elle relève d'un acte conventionnel, même si l'État acquiert les droits qui découlent de l'acceptation de l'obligation, et qu'il faut donc établir une distinction entre la bilatéralisation et la nature conventionnelle d'un acte. Il propose de remplacer le paragraphe par le texte ci-après: « Le fait que par la formulation d'un acte unilatéral s'établit une relation avec un ou d'autres États ne signifiait pas que l'on se trouvait nécessairement devant un acte de nature conventionnelle.»

12. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA propose de modifier comme suit la deuxième phrase: « Pour autant, une telle bilatéralisation d'un acte unilatéral n'est pas toujours de nature conventionnelle », afin de mieux mettre en relief la nuance qu'apporte cette phrase par rapport à la première.

13. M. GALICKI, sur un point d'ordre, rappelle qu'il s'agit des conclusions du Rapporteur spécial, seul habilité à apporter des modifications sur le fond.

14. MM. BROWNLIE, ECONOMIDES et CHEE se prononcent en faveur de la proposition faite par le Rapporteur spécial.

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

[*] Reprise des débats de la 2863e séance.

Paragraphe 28

15. M. PELLET propose de remplacer « possible » par « préférable ».

Le paragraphe 28, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 29

Le paragraphe 29 est adopté.

Paragraphe 30

16. M. PELLET juge malvenus les exemples placés entre parenthèses, car il importe de faire la distinction entre, d'une part, les obligations et, d'autre part, la renonciation et la reconnaissance. Il propose donc de remplacer « obligations » par « promesses ».

Le paragraphe 30, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 31

17. M. PELLET propose de remplacer « Les Conventions » par « La Convention » et « au vu de » par « étant donné ».

Le paragraphe 31, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 32 à 34

Les paragraphes 32 à 34 sont adoptés.

18. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le document A/CN.4/L.672/Add.2.

Paragraphe 1

19. M. BROWNLIE demande pourquoi la composition du Groupe de travail ne figure pas dans le rapport.

20. Le PRÉSIDENT explique qu'il s'agissait d'un groupe à composition non limitée et qu'il n'y avait donc pas lieu d'indiquer le nom de tous ceux qui avaient participé aux travaux.

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphes 2 à 4

Les paragraphes 2 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

21. M. GAJA propose tout d'abord de remplacer, dans la première phrase « sont susceptibles de » par « peuvent ». Il propose aussi de supprimer ou de remanier l'expression « quelle que soit leur manifestation » et de modifier la deuxième partie de la phrase pour qu'elle se lise comme suit: « mais que l'on peut faire une distinction, même si c'est souvent difficile dans la pratique, entre les comportements unilatéraux et les actes unilatéraux *stricto sensu* ».

22. M. ECONOMIDES dit qu'il souscrit en principe aux modifications proposées par M. Gaja, mais que la manière dont il a remanié la deuxième partie de la phrase introduit une différence de fond. Il importe selon lui d'indiquer que la distinction en question est possible.

23. M. MANSFIELD rappelle qu'il est de ceux qui pensent qu'il est très difficile d'établir une telle distinction dans la pratique. Il propose d'adopter une formulation plus vague et de remplacer la deuxième partie de la phrase par le libellé suivant: « mais qu'il tenterait d'élaborer des conclusions provisoires concernant les actes unilatéraux *stricto sensu* ». Il précise toutefois que la formulation proposée par M. Gaja lui paraît tout à fait acceptable.

24. M. PELLET dit que la formule proposée par M. Mansfield a le mérite de ne pas déformer la teneur des travaux du Groupe de travail.

25. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) annonce qu'il va élaborer des projets de conclusion sur lesquels le Groupe de travail pourra travailler.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

26. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA relève que le paragraphe mentionne « ces principes », alors qu'il n'a jamais été question de principes auparavant.

27. Le PRÉSIDENT propose de remplacer « ces » par « des » et remplacer « pourront » par « pourraient ».

28. M. ECONOMIDES, revenant sur la question de la distinction entre les comportements unilatéraux et les actes unilatéraux au sens strict, voit là une bonne occasion de faire sortir l'étude de l'impasse. Il faudrait selon lui donner la priorité aux actes unilatéraux *stricto sensu* en indiquant que les principes en question porteront sur de tels actes unilatéraux.

29. Le PRÉSIDENT rappelle qu'il s'agit du rapport d'un groupe de travail et qu'il faut donc s'en tenir à ce qui a été dit et décidé pendant les débats.

30. M. PELLET dit que l'ambiguïté a parfois du bon. Il faut se garder d'être trop catégorique car si le Groupe de travail a été d'accord pour mettre l'accent sur les actes formels, il n'était pas question de leur donner la priorité. Sa préférence va à la proposition de M. Mansfield car la formulation proposée par M. Economides lui paraît trop « robuste ».

31. M. MATHESON dit que c'est à juste titre que M. Pambou-Tchivounda s'est interrogé sur l'emploi du mot « principes ». En effet, au paragraphe 5, on parle de questions et de conclusions, mais aucunement de principes. Il serait donc préférable d'utiliser l'un de ces termes.

32. M. CHEE, appuyant M. Pambou-Tchivounda, dit qu'il faudrait préciser de quels principes il s'agit.

33. M. PELLET précise que le Groupe de travail a parlé de principes applicables et de conclusions provisoires. Il propose par ailleurs d'insérer, après « Rapporteur spécial », « pour l'assister, le cas échéant ».

34. Le PRÉSIDENT propose de remplacer « ces principes » par « des conclusions provisoires ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre IX, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE X. *Les réserves aux traités* (A/CN.4/L.671 et Add.1 et 2)

35. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le chapitre X du projet de rapport de la Commission (A/CN.4/L.671).

A. Introduction (par. 1 à 10)

Les paragraphes 1 à 10 sont adoptés.

La section A est adoptée.

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

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

36. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le document A/CN.4/L.671/Add.2.

Directive 2.6 (Formulation des objections aux réserves)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 du commentaire sont adoptés.

Directive 2.6.1 (Définition des objections aux réserves)

Paragraphes 1 à 9

Les paragraphes 1 à 9 du commentaire sont adoptés.

Paragraphe 10

37. M. GAJA propose de modifier la deuxième partie de la première phrase dans la version anglaise du texte, qui lui paraît maladroite. Il propose le libellé suivant: «*which envisages that the author of the objection may indicate whether it opposes the entry into force of the treaty between it and the author of the reservation*».

Le paragraphe 10, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté.

Paragraphe 12

38. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il faut compléter le titre de l'étude de Pierre-Henri Imbert, qui fait l'objet d'une note, en ajoutant, après «décision arbitrale», «du 30 juin 1977».

Le paragraphe 12 est adopté avec la correction susmentionnée.

Paragraphes 13 et 14

Les paragraphes 13 et 14 sont adoptés.

Paragraphe 15

39. M. GAJA propose de remplacer, dans le membre de phrase après l'appel de note à la fin de la citation, le mot «*reservations*» par «*statements*».

Le paragraphe 15, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphes 16 à 18

Les paragraphes 16 à 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

40. M. GAJA propose de supprimer «autres» et la virgule de la première phrase, afin qu'elle se lise «… les réactions du type de celles mentionnées ci-dessus».

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 20 à 22

Les paragraphes 20 à 22 sont adoptés.

Paragraphe 23

41. M. GAJA propose de remplacer «souhaite être lié» par «souhaite établir des liens conventionnels» et «l'exclusion des liens conventionnels» par «l'effet de l'objection».

Le paragraphe 23, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 24

Le paragraphe 24 est adopté.

Paragraphe 25

42. M. ECONOMIDES, faisant remarquer que le Rapporteur spécial réserve la position de la Commission en ce qui concerne la validité des objections produisant un effet «super maximum», dit que cette réserve devrait porter également sur la validité des objections produisant un effet intermédiaire, et propose d'écrire au début du paragraphe 25: «La Commission n'ignore pas que la validité des objections visées aux paragraphes 23 et 24 a parfois été contestée.»

43. M. PELLET (Rapporteur spécial) préférerait conserver la première phrase en l'état et remplacer, dans la deuxième, «un tel effet "super maximum"» par «de tels effets, intermédiaires ou "super maximum"».

44. M. MATHESON propose de supprimer «parfois» dans la première phrase et de transférer à la fin du paragraphe la dernière phrase de la première note de bas de page, «Cette question relève de l'examen des effets des objections.»

Le paragraphe 25, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 26

45. M. GAJA propose de modifier la fin de la deuxième phrase pour qu'elle se lise comme suit: « et même de ne pas entrer en relations conventionnelles avec son auteur ».

Le paragraphe 26, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 27

Le paragraphe 27 est adopté.

Directive 2.6.2. (Définition des objections à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve)

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

La section C, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

CHAPITRE XI. ***Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*** **(A/CN.4/L.676 et Corr.1 et A/CN.4/L.677)**

46. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner le document A/CN.4/L.677.

A. Introduction

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 1 à 6

Les paragraphes 1 à 6 sont adoptés.

Les sections A et B sont adoptées.

C. Rapport du Groupe d'étude (A/CN.4/676 et Corr.1)

47. M. ECONOMIDES souhaiterait que son nom soit cité au paragraphe 23 du rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, à la place de la mention « un de ses membres », afin que l'on ne croie pas qu'il a souhaité conserver l'anonymat.

48. M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) dit que s'agissant d'un document informel, ce n'est pas conforme à la pratique suivie par la Commission, mais qu'il ne voit aucun inconvénient à le faire si tel est le souhait du Groupe d'étude.

49. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude) n'a pas d'opinion arrêtée sur ce point.

50. Le PRÉSIDENT dit que le nom de M. Economides sera ajouté au paragraphe 23 du rapport du Groupe d'étude.

51. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite prendre note du rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.676 et Corr.1).

Il en est ainsi décidé.

La section C, ainsi modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre XI du projet de rapport de la Commission, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE XII. ***Autres décisions et conclusions de la Commission*** **(A/CN.4/L.678)**

A. Programme, procédures, méthode de travail et documentation de la Commission (par. 1 à 8)

B. Dates et lieu de la cinquante-huitième session (par. 9)

Paragraphes 1 à 9

Les paragraphes 1 à 9 sont adoptés.

Les sections A et B sont adoptées.

C. Coopération avec d'autres organismes

Paragraphe 10

52. M^me^ ESCARAMEIA propose d'indiquer le titre de M^me^ Villalta Vizcaya comme pour les autres personnalités citées.

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 11 et 12

Les paragraphes 11 et 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

53. M^me^ ESCARAMEIA propose de citer le titre de M. Guy de Vel.

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

54. M. BROWNLIE dit que, dans la version anglaise, il faudrait écrire « *on the topic of responsibility…* »

Le paragraphe 14, ainsi modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté.

55. M. PELLET propose d'insérer un paragraphe 15 *bis* disant que le 4 août 2005, un échange de vues informel sur des questions d'intérêt commun a eu lieu entre les membres de la Commission et les membres de la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, en particulier sur le sujet des réserves aux traités.

Le paragraphe 15 bis *est adopté.*

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

Paragraphe 17

56. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 17 ainsi complété: « En outre, à sa 2865^e^ séance, le 4 août 2005, la Commission a demandé à M. Brownlie, Rapporteur spécial pour le sujet " Effets des conflits armés sur les traités", d'assister à la soixantième session de l'Assemblée

générale, conformément aux dispositions du paragraphe 5 de la résolution 44/35 de cette dernière.»

Le paragraphe 17, ainsi complété, est adopté.

Paragraphes 18 à 30

Les paragraphes 18 à 30 sont adoptés.

La section C, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre XII, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE I. *Introduction* (A/CN.4/L.673)

57. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre I du projet de rapport de la Commission.

Paragraphes 1 à 11

Les paragraphes 1 à 11 sont adoptés.

L'ensemble du chapitre I est adopté.

CHAPITRE II. *Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-septième session* (A/CN.4/L.679)

58. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre II du projet de rapport de la Commission.

Paragraphe 1

59. M. GAJA dit qu'il conviendrait d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase indiquant ce qu'a effectivement fait le Groupe de travail durant la session.

60. Le PRÉSIDENT déclare que le secrétariat de la Commission s'en chargera.

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

61. M. PELLET dit que la dernière phrase du paragraphe ne correspond pas à la réalité: la Commission n'a pas approuvé la proposition faite par le Rapporteur spécial d'établir un questionnaire à envoyer aux États membres.

62. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial pour le sujet «Effets des conflits armés sur les traités») indique qu'il ne s'agit pas d'un questionnaire mais d'une demande écrite de renseignements et qu'il croit comprendre qu'il s'agit d'un problème de traduction.

63. Le PRÉSIDENT indique que les versions espagnole et française de la phrase en question seront alignées sur l'anglais.

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

64. M. PELLET dit qu'il conviendrait, au paragraphe 3, comme d'ailleurs au paragraphe 7, de préciser dans la dernière phrase que la Commission a adopté neuf projets d'articles «et les commentaires y relatifs».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 4 à 6

Les paragraphes 4 à 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

65. M. PELLET dit qu'il conviendrait, à la première ligne, de préciser que la Commission a examiné «une partie du dixième rapport» sur les réserves aux traités.

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

66. M. KOSKENNIEMI (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que les mots «les rapports préliminaires» qui figurent aux huitième et neuvième lignes du paragraphe 8 doivent être remplacés par «le rapport final» et que la virgule qui suit le mot «conflit» doit être remplacée par un point. La phrase suivante commencerait comme suit: «Le Groupe d'étude a aussi reçu l'étude relative à la modification…» Il propose en outre d'ajouter à la fin du paragraphe une phrase ainsi libellée: «Le Groupe d'étude a décidé de présenter une étude de synthèse ainsi qu'un ensemble de conclusions, directives ou principes à la Commission, à sa cinquante-huitième session, en 2006.»

67. M. GAJA se demande s'il est judicieux d'annoncer de manière aussi catégorique ce que le Groupe d'étude entend faire l'année suivante.

68. M. MANSFIELD propose, en réponse à la remarque de M. Gaja, de remanier le début de la phrase proposée par M. Koskenniemi comme suit: «Le Groupe d'étude a estimé qu'il serait en mesure de présenter une étude…»

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9

Le paragraphe 9 est adopté.

Paragraphe 10

69. M. ECONOMIDES dit qu'il convient, pour la précision, d'ajouter les mots «du Conseil de l'Europe» après les mots «droit international public».

Le paragraphe 10, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 11 et 12

Les paragraphes 11 et 12 sont adoptés.

L'ensemble du chapitre II, tel qu'il a été modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 h 5.

2866e SÉANCE

Vendredi 5 août 2005, à 10 h 5

Président: M. Djamchid MOMTAZ

Présents: M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Economides, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kolodkin, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Matheson, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-septième session (*fin*)

CHAPITRE X. *Les réserves aux traités (fin)* [A/CN.4/L.671 et Add.1 et 2]

1. Le PRÉSIDENT invite la Commission à reprendre l'examen du chapitre X du projet de rapport et appelle l'attention à cet égard sur la partie de ce chapitre figurant dans le document A/CN.4/L.671/Add.1.

B. Examen du sujet à la présente session

Paragraphes 1 à 7

Les paragraphes 1 à 7 sont adoptés.

1. PRÉSENTATION PAR LE RAPPORTEUR SPÉCIAL DE SON DIXIÈME RAPPORT

Paragraphes 8 à 10

Les paragraphes 8 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

2. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA appelle l'attention sur le texte français et dit que les mots « Se tournant vers » qui figurent dans la première phrase devraient être modifiés.

Le paragraphe 11 est adopté.

Paragraphes 12 à 14

Les paragraphes 12 à 14 sont adoptés.

Paragraphe 15

3. M. GAJA dit que dans le texte anglais les mots « *permissibility/impermissibility* » devraient être remplacés par « *lawfulness/unlawfulness* ».

4. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que dans le projet de directive, le mot français « licéité » a été traduit par « *permissibility* ». Il serait donc préférable de remanier comme suit le début du texte anglais: « *Furthermore, the French terms* "licéité/illicéité" *could be misleading*.»

5. M. GAJA dit qu'il préfère les termes « *lawfulness/unlawfulness* » parce que la responsabilité est liée non à un acte « *impermissible* » mais à un acte illicite; toutefois, si M. Pellet insiste pour garder les mots « *permissibility/impermissibility* » dans le texte anglais, les mots français « licéité/illicéité » pourraient être ajoutés entre crochets.

6. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il n'insiste pas pour garder l'expression « *the terms "permissibility/impermissibility"* »; au contraire, il propose de la remplacer par « *the French terms* "licéité/illicéité" ». Par souci de clarté, le début de la phrase pourrait même peut-être être libellé comme suit: « D'autre part, les termes français "licéité/illicéité", traduits en anglais par "*permissibility/impermissibility*", pourraient conduire à des malentendus.»

Le paragraphe 15, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

Paragraphe 17

7. M. GAJA dit que le mot « faculté » qui figure dans la deuxième phrase du texte français devrait être rendu en anglais par « *freedom* » et non « *power* ».

Le paragraphe 17, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 18

Le paragraphe 18 est adopté.

Paragraphe 19

8. M. GAJA dit que, comme dans le paragraphe 17, le mot « faculté » devrait être traduit par « *freedom* » et non par « *power* ». Il propose également d'insérer le mot « *himself* » après « *asked* » dans la première phrase du texte anglais afin de l'aligner sur le texte français.

9. M. BROWNLIE propose plutôt de remplacer le mot « *asked* » par « *considered* ».

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

Le paragraphe 20 est adopté.

Paragraphe 21

10. M. GAJA dit que le mot « *since* » qui figure dans l'avant-dernière phrase du texte anglais est une mauvaise traduction du terme français correspondant et devrait être remplacé par « *although* ».

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 22 à 28

Les paragraphes 22 à 28 sont adoptés.

Paragraphe 29

11. M. GAJA fait observer que dans la dernière phrase du texte anglais, le mot « *text* » doit se lire « *test* ». De plus, la fin de cette phrase, à partir des mots « il en va de même pour les réserves déterminées », n'est pas claire. Il

propose de remplacer le point virgule figurant après les mots « l'objet et le but du traité » par un point, de supprimer les mots « il en va de même pour les réserves déterminées », et d'insérer une nouvelle phrase, se lisant comme suit: « Quant aux réserves déterminées, étant expressément autorisées par le traité, elles étaient valides de plein droit et n'étaient pas sujettes à l'examen de leur compatibilité avec l'objet et le but du traité.»

12. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il ne voit pas l'intérêt de la proposition de M. Gaja. Pour lui, aussi bien le texte français que la traduction anglaise expriment fidèlement ce qu'il a dit.

13. M. GAJA rassure le Rapporteur spécial: son intention n'est pas de modifier le texte quant au fond mais seulement de le rendre plus clair.

Le paragraphe 29, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 30 à 32

Les paragraphes 30 à 32 sont adoptés.

Paragraphe 33

14. M. GAJA propose de supprimer le mot « cependant », qui n'a pas de sens étant donné le contexte.

15. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, se référant à la deuxième phrase, s'étonne que l'on parle d'une part de « notion » et de « concepts » de l'autre.

16. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que pour lui les deux termes sont synonymes et que la phrase devrait demeurer telle quelle.

Le paragraphe 33, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 34 à 37

Les paragraphes 34 à 37 sont adoptés.

Paragraphe 38

17. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA appelle l'attention sur le texte français et propose de modifier « Se tournant vers » qui figure dans la première phrase par « En ce qui concerne ».

Le paragraphe 38 est adopté.

Paragraphe 39

Le paragraphe 39 est adopté.

Paragraphe 40

18. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que dans la note du texte français, le mot « traits » doit se lire « traités ».

Le paragraphe 40 est adopté avec la correction susmentionnée.

Paragraphe 41

19. M. GAJA estime que dans la deuxième phrase du texte anglais, le mot « *affirmative* » devrait être remplacé par « *categorical* » pour aligner le texte sur le texte français.

Le paragraphe 41 est adopté avec la correction susmentionnée.

Paragraphe 42

Le paragraphe 42 est adopté.

Paragraphe 43

20. Le PRÉSIDENT dit que dans la troisième phrase du texte français le mot « objections » devrait être remplacé par « réserves ».

21. M. GAJA dit que pour aligner le texte anglais sur le texte français tel qu'amendé, les mots « *also objected* » qui figurent dans la troisième phrase devraient être remplacés par « *made reservations* ». D'un point de vue purement formel, le mot « *to* » figurant dans la première phrase après le mot « *embodying* » devrait être supprimé.

22. Afin que la deuxième phrase soit plus compréhensible, il propose de la remanier.

Le paragraphe 43, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 44 à 46

Les paragraphes 44 à 46 sont adoptés.

2. Résumé du débat

Paragraphe 47

Le paragraphe 47 est adopté.

Paragraphe 48

23. M. ECONOMIDES dit que la déclaration figurant dans la dernière phrase est prématurée, puisque la Commission n'a pas encore examiné les conséquences de l'invalidité; en outre, il doute que cette affirmation soit correcte. Si l'on conserve la dernière phrase, il faut ajouter une nouvelle phrase indiquant l'existence d'une opinion divergente.

24. M. GAJA propose de supprimer la dernière phrase, qui n'est pas claire, étant donné le contexte. Par ailleurs, pour que la deuxième phrase soit plus compréhensible, il propose de la remanier comme suit après le mot « réserve »: « affecte généralement la ratification du traité elle-même, laquelle sera également invalide ».

25. M. CANDIOTI dit qu'en anglais on voit mal si le terme « *invalidity* » se rapporte à la ratification ou au traité. Peut-être pourrait-on lever cette ambiguïté en supprimant le mot « *itself* ».

26. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que le texte français est acceptable tel quel.

27. M. GAJA dit que si le texte français est clair, il est relativement faible et devrait donc être modifié pour l'aligner sur le texte qu'il a proposé en anglais.

28. M. MANSFIELD estime que l'idée exprimée dans la deuxième phrase pourrait être succinctement exprimée: « En même temps, l'invalidité de la réserve rendait généralement invalide la ratification du traité elle-même.»

Le paragraphe 48, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 49

29. M. GAJA dit qu'en anglais le mot «*achievement*» figurant à la fin de la troisième phrase n'est pas clair et il propose de le remplacer par «*completion*».

Le paragraphe 49 est adopté avec une modification rédactionnelle de la version anglaise.

Paragraphe 50

30. M. GAJA dit que dans le texte anglais l'orthographe du mot latin «*ratione*» doit être corrigée. Davantage sur le fond, le mot «*power*» devrait être remplacé par «*freedom*», comme ailleurs.

Le paragraphe 50 est adopté avec des modifications rédactionnelles de la version anglaise.

Paragraphe 51

31. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il faudrait insérer les mots « de la pratique» après le mot « Guide» dans le texte français.

Le paragraphe 51 est adopté avec une modification rédactionnelle de la version française.

Paragraphes 52 à 57

Les paragraphes 52 à 57 sont adoptés.

Paragraphe 58

32. M. GAJA demande de nouveau que l'orthographe du mot «*ratione*» soit corrigée dans le texte anglais et propose que pour la clarté on insère les mots « des projets de directive» après le mot « partie».

33. M^me^ ESCARAMEIA propose d'ajouter une nouvelle phrase qui serait ainsi libellée: « On a fait remarquer que l'article 19 des Conventions de Vienne établissait tout au plus la faculté présumée de formuler des réserves, ce qui différait considérablement de la présomption de validité des réserves.»

Le paragraphe 58, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 59

34. M. ECONOMIDES dit qu'une phrase pourrait être ajoutée à la fin du paragraphe qui refléterait sa propre contribution au débat. Elle pourrait être libellée comme suit: « Un autre membre estimait qu'un titre tel que "Limites à la formulation des réserves" traduirait mieux la teneur de l'article 19.»

35. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que cette proposition ne lui pose pas de problème mais qu'il semble un peu curieux de parler de « limites à la formulation». Il serait préférable de dire « Limites à la faculté de formuler des réserves.»

36. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il peut accepter l'amendement proposé par M. Economides mais propose de remplacer les mots « traduirait mieux» par « traduirait peut-être mieux», pour que cette phrase soit moins catégorique.

Le paragraphe 59, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 60

37. M. GAJA estime que dans la deuxième phrase, les mots « par leur nature même» devraient être remplacés par « implicitement». La phrase devrait se terminer après les mots « Nations Unies».

38. M. MATHESON propose d'ajouter à la fin du paragraphe une nouvelle phrase qui refléterait ce qu'il a dit durant le débat. Elle serait ainsi libellée: « D'autres membres estimaient que cette directive devrait être limitée aux interdictions expresses.»

39. M. ECONOMIDES dit qu'à la quatrième phrase, il faudrait supprimer les mots « et inversement».

Le paragraphe 60, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 61

Le paragraphe 61 est adopté.

Paragraphe 62

40. M^me^ ESCARAMEIA estime que dans la dernière phrase les mots « La dernière phrase» devraient être remplacés par « Le dernier membre de phrase».

41. M. GAJA dit que dans la première phrase du texte anglais, les mots «*the Commission*» devraient être remplacés par les mots «*according to article 19, subparagraph (b), of the Vienna Convention, one*».

42. M. PELLET dit que le texte français ne fait pas référence à la Commission.

43. M. GAJA reconnaît que le texte français reflète exactement l'opinion qu'il a lui-même exprimée lors du débat; la référence à l'alinéa *b* de l'article 19 pourrait néanmoins être insérée sans dommage dans le texte français également.

Le paragraphe 62, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 63

Le paragraphe 63 est adopté.

Paragraphe 64

44. M. GAJA propose d'insérer le mot « également» avant « soumises».

Le paragraphe 64, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 65 à 68

Les paragraphes 65 à 68 sont adoptés.

Paragraphe 69

45. Mme ESCARAMEIA propose l'insertion d'une nouvelle deuxième phrase, ainsi libellée: « Certains trouvaient d'ailleurs qu'elle était trop restrictive et aurait pour effet de n'interdire que très peu de réserves. »

46. M. GAJA dit que dans la dernière phrase, les mots « les deux termes » devraient être remplacés par « les termes "objet" et "but" ». Cette phrase devrait être scindée après le mot « but ». Dans le texte anglais, les mots « *in fact* » devraient être supprimés et« *the opposite* » remplacés par « *vice versa* ».

Le paragraphe 69, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 70 à 72

Les paragraphes 70 à 72 sont adoptés.

Paragraphe 73

47. M. KOSKENNIEMI dit que la totalité du paragraphe, qui reflète une observation qu'il a faite, devrait être remplacée par la phrase qui suit: « Il a été relevé qu'il pourrait être utile d'expliquer les exemples donnés par le Rapporteur spécial, en l'occurrence les cas où une réserve allait à l'encontre des attentes légitimes des parties ou de l'engagement commun que constitue le traité. »

48. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il n'a rien contre la teneur de la proposition de M. Koskenniemi mais propose d'en améliorer la formulation.

Le paragraphe 73, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 74

49. M. GAJA dit que ce paragraphe donne une idée totalement fausse de l'opinion qu'il a exprimée durant le débat. Les mots « ignorent le rôle important de » devraient donc être remplacés par « accordaient un rôle important à ».

Le paragraphe 74, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 75

Le paragraphe 75 est adopté.

Paragraphe 76

50. M. GAJA dit que dans la première phrase, les mots « de la question posée par le » devraient être insérés après « S'agissant » et la deuxième proposition modifiée comme suit « se demandait si l'on pouvait dire d'une réserve rédigée… qu'elle visait ».

51. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que dans le texte français il convient d'insérer le mot « et » entre « vagues » et « généraux ».

Le paragraphe 76, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 77

Le paragraphe 77 est adopté.

Paragraphe 78

52. M. ECONOMIDES, appuyé par Mme ESCARAMEIA, propose de scinder le paragraphe en deux. Le premier paragraphe comprendrait une seule phrase, comme le paragraphe 77, et serait ainsi libellé: « Plusieurs membres ont souligné l'utilité du projet de directive 3.1.9.» L'opinion reflétée dans la suite du paragraphe 78 ferait l'objet d'un nouveau paragraphe, venant immédiatement après.

Le paragraphe 78, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 79 à 82

Les paragraphes 79 à 82 sont adoptés.

Paragraphe 83

53. M. MATHESON propose d'insérer à la fin du paragraphe la proposition suivante: « , réservant entre-temps leur position sur les questions soulevées dans cette partie du rapport ».

Le paragraphe 83, tel que modifié, est adopté.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

Paragraphe 84

Le paragraphe 84 est adopté.

Paragraphe 85

54. M. PELLET (Rapporteur spécial) appelle l'attention sur la deuxième phrase et propose de supprimer le mot « toujours » et l'expression « le corpus solide de ce Guide de la pratique ».

Le paragraphe 85, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 86 à 88

Les paragraphes 86 à 88 sont adoptés.

Paragraphe 89

55. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose d'insérer les mots « avec l'opinion » après le mot « d'accord ».

Le paragraphe 89 est adopté.

Paragraphe 90

Le paragraphe 90 est adopté.

Paragraphe 91

56. M. MATHESON appelle l'attention sur une erreur typographique affectant la numérotation du texte anglais des projets de directive.

Le paragraphe 91 est adopté avec la correction susmentionnée.

Paragraphes 92 à 93

Les paragraphes 92 à 93 sont adoptés.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

Le chapitre X dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE III. ***Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission*** **(A/CN.4/L.680)**

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

57. M. ECONOMIDES propose d'ajouter une question supplémentaire pour refléter un problème qui a été longuement examiné par la Commission: « Le sujet peut-il être traité sans tenir compte de la Charte des Nations Unies et, en particulier, de la distinction entre le recours à la force et la légitime défense? »

58. M^me^ ESCARAMEIA dit qu'il y a en fait deux points ayant fait l'objet de longs débats qui ne sont pas repris dans la liste de questions. Le premier est celui soulevé par M. Economides, elle aurait néanmoins préféré que la question qu'il propose soit libellée comme suit: « Quelles sont les conséquences pour le sujet du respect ou du non-respect des règles de la Charte des Nations Unies sur le recours à la force? »

59. Le second point concerne le critère permettant de distinguer entre les différents régimes à la lumière de l'accent mis par le Rapporteur spécial sur l'intention des parties à un traité. M^me^ Escarameia propose donc d'ajouter une seconde question à la liste, ainsi libellée: « Quel serait le meilleur critère pour distinguer entre les différents régimes d'effets sur les traités en cas de conflit armé? »

60. Le PRÉSIDENT se demande s'il convient que tous les points soulevés durant le débat de la Commission soient reflétés dans la liste des questions adressées aux États représentés à la Sixième Commission.

61. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) dit que la liste des questions a été distribuée il y a déjà un certain temps et qu'il aurait pensé que les membres n'attendraient pas la séance en cours pour y proposer des modifications. Il est très surpris que les membres de la Commission continuent d'être obsédés par la pertinence des dispositions de la Charte sur le recours à la force, d'autant plus qu'il a été clairement indiqué lorsque le sujet a été défini au départ qu'il ne s'agirait pas de codifier ces principes. Si une question comme celle proposée par M. Economides est adressée à la Sixième Commission, elle suscitera à n'en pas douter une réaction négative.

62. De plus, le secrétariat a estimé qu'il était prématuré de transmettre la liste très détaillée de questions qu'il a établie aux gouvernements. Il a donc établi la liste de questions simplifiée à l'examen sur la base du premier rapport (A/CN.4/552), étant entendu que des questions plus substantielles seraient formulées l'année suivante lorsque la Commission entreprendrait la première lecture du projet d'articles. Peut-être le Rapporteur spécial aurait-il dû intituler son premier rapport « rapport préliminaire ». Au stade actuel, il s'agit d'obtenir sur la pratique des États des informations qui, avec les commentaires de la Commission sur le sujet à la session en cours, constitueront la base de son deuxième rapport.

63. M. PELLET dit que le débat en cours soulève une question de principe, puisque la liste de questions ne reflète pas pleinement le débat de la Commission sur le sujet. En outre, même si la liste a été distribuée à l'avance, la Commission n'a pas eu l'occasion de l'examiner. M. Pellet constate avec M^me^ Escarameia que les deux points clés qui ont prêté à controverse ne figurent pas dans la liste. Le premier concerne les conséquences pour le sujet du respect des dispositions de la Charte relatives à l'interdiction du recours à la force, et malgré les assurances du Rapporteur spécial, certains membres demeurent perplexes face à l'absence de toute référence à cette question dans le premier rapport. Le second point concerne l'intention des parties, une notion sur laquelle le premier rapport repose pour l'essentiel. M. Pellet est extrêmement réservé face à cette approche, et c'est un sentiment que partagent plusieurs membres de la Commission, et il serait donc tout à fait logique que ces deux questions soient soumises à la Sixième Commission.

64. M. Pellet appuie l'idée exprimée dans la proposition de M. Economides, sinon sa formulation, et propose que la nouvelle question soit, ce qui serait logique, placée en tête de la liste, à l'alinéa *a*. Il approuve également l'intention de la deuxième proposition de M^me^ Escarameia, mais propose de libeller la question comme suit: « L'intention exprimée par les parties à un traité devrait-elle être le critère sur lequel doit reposer le projet d'articles? » Enfin, M. Pellet se demande si à l'alinéa *b* le mot « globalement » est bien utile.

65. M. KOSKENNIEMI dit que le paragraphe 2 pose un problème de principe ainsi qu'un problème plus pratique. Le problème de principe tient au fait que la Commission en est encore au tout début de son examen du sujet, et l'on peut se demander s'il est utile de solliciter les vues des États sur des questions qui pourront finalement être résolues lors de la poursuite de cet examen. La question de la pertinence des dispositions de la Charte relatives à l'emploi de la force n'a pas encore été réglée, et il doute que les gouvernements soient à même de proposer des solutions utiles.

66. S'agissant du problème plus pratique du libellé des nouvelles questions proposées, il n'est pas douteux que les États diront que les dispositions relatives à l'emploi de la force doivent être prises en considération. La question est de savoir dans quelle mesure. De même, les gouvernements se sentiront obligés de répondre que les traités doivent être interprétés et appliqués en fonction de l'intention des parties; or, les membres de la Commission savent que les intentions des diverses parties peuvent être en conflit ou difficiles à déterminer. Pour ces raisons, les questions telles que proposées ne permettront pas, d'un point de vue pratique, à la Commission de progresser dans ses travaux.

67. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) partage l'opinion de M. Koskenniemi. Le but de la liste de questions est d'obtenir davantage d'informations sur la pratique des États, des informations qui font cruellement défaut. Il serait préférable de poser la question dont la Commission

est en train de débattre une fois la première lecture du projet d'articles achevée. Les questions rédigées par le Secrétariat sont assez simples et ne feraient aucun mal, et le Rapporteur spécial ne s'opposera pas à l'inclusion d'une question supplémentaire sur l'intention des parties, même s'il pense qu'elle est prématurée. Toutefois, il serait extrêmement inopportun que la Commission sollicite les vues des gouvernements sur la pertinence des dispositions de la Charte. La Commission sait parfaitement que la Charte est pertinente, et il n'est pas vrai que lui-même l'a ignorée dans son rapport. Le projet d'article 10 concerne l'emploi de la force, et il a déjà expliqué pourquoi il a rédigé cet article comme il l'a fait, même si les membres de la Commission semblent avoir oublié ce qu'il a dit sur ce point.

68. M. Sreenivasa RAO dit que le débat en cours le laisse quelque peu perplexe. Habituellement, la Commission s'en remet au jugement des rapporteurs spéciaux s'agissant des listes de questions. En l'occurrence, les membres qui considèrent que leurs opinions sur certains des points les plus complexes ne sont pas reflétées devraient être rassurés par le fait que le résumé du débat sur le sujet figurant dans le rapport de la Commission sera à la disposition de la Commission et distribué aux ministères compétents. Comme le Rapporteur spécial l'a souligné, le premier rapport doit être considéré comme un rapport préliminaire, et il sera remanié à la lumière du débat de la CDI et des observations faites à la Sixième Commission. L'intervenant recommande donc que la CDI conserve la liste de questions établie par le Secrétariat, mais si un membre insiste pour que des questions supplémentaires soient ajoutées à cette liste, il ne s'y opposera pas.

69. M. PELLET dit que la liste de questions ne lui plaît pas. Le premier rapport sur les effets des conflits armés aux traités est de portée très générale et couvre une large gamme de questions, mais le débat qui a eu lieu à la Commission était axé sur certaines d'entre elles uniquement, en particulier sur deux questions fondamentales: celle de l'intention et celle de la pertinence des dispositions de la Charte relatives à l'emploi de la force. La liste de questions figurant dans le document établi par le Secrétariat peut donner lieu à des malentendus, car elle contient des questions qui pour l'essentiel sont d'importance secondaire et ignore celles sur lesquelles la Commission est divisée. Deux solutions sont possibles. Si la Commission décide de conserver la liste de questions, M. Pellet insistera pour que les deux questions supplémentaires proposées y figurent. À défaut, la liste de questions pourrait être supprimée et la Commission pourrait simplement demander aux gouvernements de fournir des renseignements sur la pratique des États. Il est favorable à cette dernière solution, étant donné que la Commission en est au stade préliminaire de son examen du sujet et ne souhaite pas que les gouvernements lui imposent des idées.

70. Le PRÉSIDENT dit qu'il est très important de ne pas confondre le travail de la CDI avec celui de la Sixième Commission.

71. M. BROWNLIE (Rapporteur spécial) appuie la proposition de M. Pellet, conforme à la démarche généralement suivie par la Commission qui veut que les rapports reposent sur la pratique des États. Au stade actuel, la Commission devrait simplement demander aux gouvernements des informations sur la pratique des États; ensuite, après une première lecture des projets d'article, elle pourrait solliciter leurs vues sur des questions de principe plus fondamentales.

72. Mme ESCARAMEIA dit que sa longue expérience de représentante à la Sixième Commission d'un petit pays du sud de l'Europe lui a appris que les questions relatives à certains points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission étaient d'une importance fondamentale pour les petits pays et les pays d'importance moyenne parce que les États en question n'ont pas autant de ressources humaines que les États plus importants et ne sont donc pas en mesure d'établir des analyses générales d'un sujet à l'intention de l'Assemblée générale. Ils peuvent néanmoins exprimer leur opinion lors des débats de la Sixième Commission en axant leurs interventions sur les questions précises posées dans le chapitre III du rapport de la Commission.

73. Elle convient toutefois que les questions figurant au paragraphe 2 devraient être posées à un stade ultérieur de l'examen du sujet. Les questions à poser immédiatement doivent être de nature fondamentale et viser à permettre l'élaboration d'un cadre pour la poursuite des travaux. Il est vital de connaître la pratique des États en la matière. De fait, c'était là tout l'objet du questionnaire proposé par le Rapporteur spécial. Néanmoins, si la Commission pose une question très générale, seuls deux ou trois pays y répondront et elle ne saura pas vraiment quelle est l'opinion de la majorité des États. Pour cette raison, il serait dommage de supprimer les questions *a*), *b*), *c*) et *d*), qui pourraient permettre d'obtenir des informations très utiles.

74. Bien que la Commission soit un organe composé d'experts, elle est aussi un organe subsidiaire de l'Assemblée générale. Elle ne doit donc pas laisser un projet s'élaborer dans une direction totalement différente de celle souhaitée par l'Assemblée. L'intervenante dit qu'elle a été encouragée par ce qu'elle a cru être le projet du Rapporteur spécial d'examiner si l'intention des parties constituait un bon critère pour distinguer entre les différents régimes en ce qui concerne les effets des conflits armés sur les traités. Elle ne comprend pas pourquoi une question relative à la pertinence du respect des dispositions de la Charte des Nations Unies relatives à l'emploi de la force armée poserait problème. Elle préférerait donc que l'on conserve les quatre questions figurant dans la liste et qu'on en ajoute deux, libellées comme la Commission le jugera bon.

75. Le PRÉSIDENT note que le débat sur les points sur lesquels les membres ont exprimé des opinions divergentes est pleinement et fidèlement reflété dans les comptes rendus analytiques, qui sont à la disposition des membres de la Sixième Commission.

76. M. MATHESON souscrit pleinement à la proposition de M. Pellet et dit que, s'il ne doute pas que les questions posées sont importantes et que la Commission devra le moment venu y répondre, il est prématuré de les poser aux gouvernements au stade actuel. Dans certains cas, les gouvernements ne sont pas encore en position de comprendre le contexte et les diverses solutions possibles.

De plus, il est probable que la Commission réglera certaines de ces questions et définira les autres plus clairement durant l'année à venir. Ainsi, si la Commission sollicite les vues des États sur le fond des questions posées lorsqu'elle reviendra sur ces points à sa session suivante, ses questions seront plus pertinentes. Au stade actuel, l'important est de déterminer la pratique des États.

77. M. ECONOMIDES, répondant à la critique de M. Pellet sur la manière dont il a formulé sa question, explique que le libellé qu'il a choisi pour cette question tient au fait que le rapport a totalement ignoré la Charte et a ainsi placé les États agresseurs et les États défendant leurs intérêts légitimes sur un pied d'égalité. Cette situation est totalement inacceptable au XXI[e] siècle. Il s'est efforcé de formuler sa question de la manière la plus claire et la plus directe.

78. Par ailleurs, il approuve totalement l'opinion de M. Pellet: la seule question importante est celle de la pratique des États. Comme cette pratique est virtuellement inexistante dans de nombreux pays, la question devrait être complétée par les mots « ainsi que toute autre information qu'ils estiment présenter un intérêt pour le sujet ». Il pense en outre avec M. Matheson qu'il est prématuré d'indiquer le point de vue de la CDI à la Sixième Commission, car les opinions des membres de la Commission sont encore trop divisées sur le sujet. Pour cette raison, les questions *a*) à *d*) peuvent être supprimées.

79. Le PRÉSIDENT croit comprendre que la Commission souhaite adopter le paragraphe 2 tel qu'amendé par M. Pellet et M. Economides.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures.

Paragraphe 4

80. M. PELLET appelle l'attention sur la question *d*) et demande si la Commission souhaite examiner la question des expulsions collectives en général ou uniquement celle des expulsions collectives dans le cadre d'un conflit armé. Selon lui, il faudrait poser deux questions distinctes: la Commission doit-elle examiner la question des expulsions collectives et, dans l'affirmative, doit-elle également examiner cette question dans le contexte d'un conflit armé?

81. Le PRÉSIDENT pense qu'il serait judicieux de reformuler la question *d*) comme le propose M. Pellet.

82. M. PELLET dit qu'il se demande si l'alinéa *d* du paragraphe 4 n'a pas une portée encore plus large et si la Commission devrait envisager toutes les formes d'expulsion d'étrangers au cours d'un conflit armé, et non limiter son examen aux expulsions collectives. Il pourrait être judicieux qu'une question demande si la Commission doit également examiner la question de l'expulsion en cas de conflit armé et d'ajouter la question qu'il a proposée en tant que nouvelle question *e*).

83. Le PRÉSIDENT dit qu'en réalité il s'agit de savoir si, même en cas de conflit armé, la règle qui existait par le passé – à savoir que tous les ressortissants et nationaux d'un État belligérant peuvent être expulsés – est toujours valide.

84. M. PELLET dit que la question soulevée par le Président se pose effectivement; toutefois, il a l'impression que la Commission se demande si elle doit examiner la question des expulsions durant un conflit armé en général. Cette question doit être posée à l'Assemblée générale. Bien entendu, il estime que la Commission doit l'examiner, parce que le problème de l'expulsion, individuelle ou collective, se pose principalement dans le cadre des conflits armés.

85. M[me] ESCARAMEIA dit que deux questions qui ont été examinées durant le débat ont été réunies dans la question *d*). Aucun doute n'a été émis sur le point de savoir si la Commission devait se pencher sur les expulsions collectives. Le débat a initialement porté sur le point de savoir si les expulsions collectives étaient ou non licites, et il a ensuite été axé sur les expulsions collectives dans le cadre d'un conflit armé. Il s'agit de deux questions distinctes, mais la première n'a pas fait l'objet de controverse, car tous les membres sont convenus que la Commission devrait examiner la question des expulsions collectives. Seule la question des expulsions durant un conflit armé a fait l'objet d'une controverse.

86. M. MATHESON demande s'il serait possible d'envisager le sujet de la même manière que celui des effets des conflits armés sur les traités. Une fois encore, la Commission n'en est qu'au début de ses travaux; elle ne sait pas encore quelle sera la portée du sujet et elle n'a pas défini les problèmes qui se posent. Il se demande donc s'il est utile à ce stade préliminaire de poser à l'Assemblée générale une série de questions détaillées. Il propose donc de supprimer le paragraphe 4 et de ne conserver que la demande d'information figurant au paragraphe 5.

87. M. AL-BAHARNA et M. CHEE approuvent cette proposition.

88. M[me] ESCARAMEIA réitère les préoccupations qu'elle a exprimées en ce qui concerne la suppression des questions figurant au paragraphe 2.

Le paragraphe 4 est supprimé.

Paragraphe 5

89. M. PELLET propose de supprimer les mots « , par l'entremise de son secrétariat, » car les États Membres devraient pouvoir communiquer des informations par toutes les voies disponibles, y compris par l'intermédiaire de la Sixième Commission.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

L'ensemble du chapitre III, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE V. *Effets des conflits armés sur les traités* (*fin) [A/CN.4/L.668]**

B. Examen du sujet à la présente session (*fin*)

Paragraphes 5 et 19

90. Le PRÉSIDENT appelle l'attention sur les paragraphes 5 et 19 du document A/CN.4/L.668 et dit que les mots « un questionnaire » qui y figurent doivent être remplacés par l'expression « une note les priant de fournir des renseignements ».

Les paragraphes 5 et 19, tels que modifiés, sont adoptés.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre V, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Le rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-septième session, dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Clôture de la session

91. Après un échange de remerciements, le PRÉSIDENT prononce la clôture de la cinquante-septième session de la Commission du droit international.

La séance est levée à 12 h 35.

* Reprise des débats de la 2863e séance.