Document:-
**A/CN.4/SR.2690**

**Compte rendu analytique de la 2690e séance**

sujet:
**<plusiers des sujets>**

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

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

Copyright © Nations Unies

catégorique. Toutefois, tout bien pesé, il estime que la transposition n'est pas souhaitable. Il serait extrêmement difficile, voire impossible d'établir, conformément à l'article 46, qu'une violation est « objectivement évidente ». Il n'y a pas de « pratique normale » parmi les États et les organisations internationales. De surcroît, les règles relatives à la ratification sont généralement de nature constitutionnelle, accessibles aux autres États, alors que celles relatives à la procédure et à la compétence en matière de réserves sont, dans la plupart des États, empiriques et relèvent plus souvent de la pratique que du droit ou de la constitution. Toutefois, si l'on décide que les réserves ne sont pas soumises aux mêmes règles que les ratifications imparfaites, il faut l'indiquer expressément dans le Guide, car cela n'est pas immédiatement évident. Tel est l'objet du projet de directive 2.1.4 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves). Si une violation concernant la compétence pour formuler des réserves a des conséquences au plan international, il en découle qu'il en va de même s'agissant des déclarations interprétatives, qu'elles soient conditionnelles ou non, comme indiqué au paragraphe 2 du projet de directive 2.4.1 *bis*. Mais cela est peut-être trop évident pour qu'il faille le dire. Là encore, le Rapporteur spécial souhaiterait l'avis de la Commission : il reconnaît que, si les raisons qu'il a données ne sont pas nécessairement cartésiennes, son propre enthousiasme pour le cartésianisme n'est pas partagé par tous les membres de la Commission.

66. Le Rapporteur spécial espère que les projets de directives 2.1.1 à 2.1.4, 2.4.1 et 2.4.2 pourront être renvoyés au Comité de rédaction, lequel pourrait les améliorer. Toutefois, durant les débats, il souhaiterait obtenir des réponses à un certain nombre de questions. Premièrement, la Commission doit-elle adopter pour les réserves les règles de l'article 7 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 sur la compétence pour exprimer le consentement à être lié, ou ces règles doivent-elles être assouplies ? Deuxièmement, laquelle des deux versions proposées pour le projet de directive 2.1.3 fournirait la meilleure base de discussions au Comité de rédaction ? Troisièmement, si, comme le souhaiterait le Rapporteur spécial, c'est la version longue du projet de directive 2.1.3 qui est adoptée, l'hypothèse marginale envisagée à l'alinéa *d* du paragraphe 2 doit-elle être mentionnée ? Quatrièmement, le Guide de la pratique doit-il contenir des directives sur la compétence au niveau interne pour formuler une réserve ou une déclaration interprétative ? Enfin, le Guide doit-il contenir une directive sur les conséquences internationales – ou leur absence – d'une violation des règles internes régissant la formulation des déclarations interprétatives ? En ce qui concerne les réserves elles-mêmes, le Rapporteur spécial ne doute pas que leurs conséquences internationales doivent être mentionnées dans le Guide.

*La séance est levée à 13 heures.*

---

## 2690e SÉANCE

*Mardi 17 juillet 2001, à 10 heures*

*Président :* M. Peter KABATSI

*Présents :* M. Addo, M. Al-Baharna, M. Candioti, M. Dugard, M. Economides, M. Elaraby, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Illueca, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.

---

### Protection diplomatique[1] *(fin)* [A/CN.4/506 et Add.1[2], A/CN.4/513, sect. B, A/CN.4/514[3]]

[Point 3 de l'ordre du jour]

PREMIER ET DEUXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen des projets d'articles 10 et 11 qui figurent dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/514).

2. M. MOMTAZ dit que la règle de l'épuisement des recours internes énoncée à l'article 10 est incontestablement une règle de droit international coutumier, qui est étayée tant par la jurisprudence et par la doctrine que par la pratique des États, et qui est fondée sur le respect de la souveraineté et de la juridiction de l'État sur le territoire duquel le fait illicite a été commis. Deux questions méritent une attention plus soutenue en raison de leur importance. La première a trait au sens et à la portée de la définition des « recours juridiques internes », tandis que la seconde concerne les conditions dans lesquelles il n'est pas nécessaire que les recours internes aient été épuisés.

3. La réponse apportée par le Rapporteur spécial à la première question est satisfaisante, même si elle demande à être précisée dans le commentaire. Ainsi, le Rapporteur spécial exclut du champ de la disposition les recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires et ont un caractère discrétionnaire. M. Momtaz a quelques doutes quant au bien-fondé d'une telle approche. En effet, dans la mesure où les recours internes sont destinés à donner satisfaction à la victime, ce qui compte c'est le résultat et non les moyens par lesquels on y parvient. Il n'y a donc pas de raisons d'exclure les moyens dont les autorités d'un pays disposent pour réparer un préjudice dans l'exercice de leur pouvoir discrétionnaire,

---

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

[2] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

d'autant que les recours gracieux sont parfois plus efficaces que les recours juridiques. En revanche, M. Momtaz pense comme le Rapporteur spécial qu'il faut retenir dans le commentaire l'idée selon laquelle l'épuisement des recours internes s'entend aussi de l'emploi des procédures judiciaires que le droit interne met à la disposition des plaideurs devant les cours et tribunaux. Le paragraphe 15 du rapport lui donne donc entièrement satisfaction.

4. Par ailleurs, il faudrait peut-être évoquer dans le commentaire les cas où les États concernés, à savoir l'État sur le territoire duquel le fait illicite a été commis et l'État dont le national a été lésé, se sont entendus pour écarter l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. C'est ce qu'ont fait les États-Unis et la République islamique d'Iran lorsqu'ils se sont engagés à régler leurs différends devant un tribunal arbitral. Le cas inverse peut se présenter, lorsque les États s'entendent pour offrir à leurs nationaux des recours devant les institutions internationales. La question mérite peut-être d'être mentionnée, même si elle ne concerne pas à strictement parler les recours internes.

5. En ce qui concerne la deuxième question, M. Momtaz note que l'article 10 indique simplement que les recours internes doivent être disponibles. Il est néanmoins précisé au paragraphe 17 du rapport que cette expression s'entend des recours qui sont disponibles « en théorie et en pratique ». De plus, au paragraphe 13, le Rapporteur spécial se réfère à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Nielsen c. Danemark* selon laquelle le recours interne doit offrir « un remède efficace et suffisant » [p. 439]. Cela donne à penser que les recours internes n'auraient pas à être épuisés en l'absence de recours efficaces. Or, contrairement au critère de la disponibilité, qui est éminemment objectif, le critère de l'efficacité est très subjectif. Comment en effet juger de l'efficacité d'un recours interne ? Cette question soulève inévitablement celle du procès équitable, qui est assez controversée en droit international. L'administration de la justice est un des attributs essentiels de la souveraineté des États. Ceux-ci doivent évidemment s'assurer que leur système judiciaire répond aux normes requises en matière d'indépendance et d'impartialité, mais les autres États n'ont pas, a priori, à porter de jugement de valeur sur l'efficacité ou l'inefficacité du système judiciaire des autres États. Selon M. Momtaz, la règle de l'épuisement des recours internes ne doit être écartée que dans des cas exceptionnels, à savoir lorsque la procédure a subi un retard injustifié ou lorsque l'appareil judiciaire de l'État concerné s'est effondré.

6. Pour ce qui est de l'article 11, le libellé en est tout à fait satisfaisant. Il faudrait néanmoins évoquer dans le commentaire les cas où le fait illicite lèse les nationaux de plusieurs États. Il vaudrait mieux aussi, comme le propose le Rapporteur spécial, réserver au commentaire la question des facteurs à prendre en considération pour décider si l'on a affaire à une réclamation directe ou indirecte. Quant au déni de justice, il est couvert par la condition de disponibilité énoncée à l'article 10 et il n'est donc pas nécessaire d'y revenir. Enfin, il est pertinent et utile de maintenir la distinction entre règles primaires et règles secondaires.

7. En conclusion, M. Momtaz recommande que les deux projets d'articles soient renvoyés au Comité de rédaction.

8. M. ELARABY rappelle que le respect de la souveraineté des États est la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes, qui est très importante aux yeux des pays en développement. Même si, comme l'ont fait observer plusieurs membres, la Commission ne pourra examiner cette question en profondeur qu'à la lumière de l'article 14, il convient néanmoins de soulever trois points d'intérêt pratique.

9. Le premier porte sur la nature et l'étendue des recours disponibles. La règle de l'épuisement des recours internes doit-elle s'interpréter comme allant jusqu'au niveau de la juridiction la plus élevée ? Dans certains pays, dont l'Égypte et la France, il existe une juridiction de dernier ressort, la Cour de cassation, qui statue seulement sur des points de droit et non de fait.

10. Le deuxième point concerne l'indemnité octroyée. On peut supposer, en effet, que le montant de celle-ci varie d'un pays à l'autre, notamment en fonction du niveau de développement économique. Se pourrait-il qu'après avoir obtenu une indemnisation dans un pays un plaignant introduise à nouveau sa plainte dans un autre pays, où le montant de l'indemnisation à laquelle il pourrait prétendre serait plus élevé ? Une telle situation pourrait-elle se présenter ?

11. Le troisième point a trait au paragraphe 16 du rapport, selon lequel, pour fonder convenablement une réclamation internationale au motif que les recours internes ont été épuisés, le plaideur étranger doit formuler devant les tribunaux nationaux tous les arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. De l'avis de M. Elaraby, cette restriction risque de pénaliser les plaideurs. En effet, le facteur temps est important, puisqu'il est probable que la procédure devant les tribunaux nationaux précédera de plusieurs mois la procédure internationale. Or, il est possible qu'une fois les recours internes épuisés, de nouveaux faits apparaissent, sur lesquels pourraient reposer de nouveaux arguments juridiques.

12. M. Elaraby juge par ailleurs satisfaisant le libellé de l'article 11 et il recommande de renvoyer les deux projets d'article au Comité de rédaction.

13. M. GALICKI loue le souci de logique qui inspire les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial. Celui-ci commence par fixer le principe général de l'épuisement des recours internes à l'article 10, dans lequel figure aussi une définition concise des « recours juridiques internes ». À l'article 11, il s'attelle à la tâche encore plus ambitieuse consistant à distinguer entre les réclamations « directes » et les réclamations « indirectes ».

14. Bien qu'il accepte d'une façon générale le fond et la structure de ces deux projets d'articles, M. Galicki se demande pourquoi il est indiqué à l'article 10 que la disposition s'applique aux personnes physiques comme aux personnes morales, alors que cette précision ne figure pas dans d'autres articles. La Commission est pourtant convenue que le projet d'articles viserait, dans la mesure du possible, les personnes physiques comme les person-

nes morales et que le terme « national » recouvrait les deux cas de figure. Il faudrait donc se borner à établir une distinction entre ces deux catégories de personnes seulement dans les cas où une disposition ne s'applique qu'à l'une d'entre elles.

15. Dans la description qui figure à l'article 10, les recours devant être épuisés sont qualifiés par quatre adjectifs : « tous », « disponibles », « internes » et « juridiques ». Chacun de ces termes ayant la même importance, il faut veiller à n'en omettre aucun. Cependant, dans la pratique, certains problèmes pourraient se poser en présence de recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires et ont un caractère discrétionnaire. Le Rapporteur spécial indique à juste titre au paragraphe 14 de son rapport que ces recours ne sont pas couverts par la règle de l'épuisement des recours internes. Mais au paragraphe 2 de l'article 10 il est fait mention des « tribunaux ou autorités judiciaires ou administratifs ordinaires ou spéciaux » devant lesquels des recours sont ouverts. La notion de recours disponibles peut donc être diversement interprétée selon les pays.

16. Bien que l'on considère l'exercice de la protection diplomatique comme la prérogative des États, son application pratique dépend du comportement des particuliers. Grâce au principe de l'épuisement des recours internes, l'État ne peut exercer sa protection diplomatique sans que l'un de ses nationaux ait au préalable engagé une action en justice. Mais, même lorsque les recours internes ont été épuisés, l'intervention de l'État n'est pas automatique.

17. Comme l'a indiqué le Rapporteur spécial dans son premier rapport (A/CN.4/506 et Add.1), la protection diplomatique demeure une arme de choix pour la défense des droits de l'homme. Il est intéressant de constater que la règle de l'épuisement des recours internes joue un rôle tout aussi important dans le cadre des organes de surveillance créés en vertu des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme que dans le domaine de la protection diplomatique. Ce parallélisme semble encore renforcer les liens existants entre le champ de la protection diplomatique et celui de la protection internationale des droits de l'homme.

18. En ce qui concerne l'article 11, la principale difficulté réside dans la nécessité de déterminer si la réclamation est « directe » ou « indirecte », alors que, dans la pratique, se mélangent souvent des éléments constituant un préjudice pour l'État et des éléments constituant un préjudice pour ses nationaux. Pour faciliter cette détermination, le Rapporteur spécial présente entre crochets une liste de facteurs devant être pris en compte pour trancher ce point. Cette liste est-elle exhaustive ou non ? Dans le premier cas, il faudrait supprimer les crochets; dans le second, il faudrait compléter la phrase ou la supprimer. Il vaut mieux de toute façon éviter de donner des exemples dans un texte de codification et les réserver pour le commentaire. C'est pourquoi M. Galicki propose qu'au lieu d'exposer une règle stipulant que « les recours internes doivent être épuisés », on énonce à l'article 11 les exceptions à cette règle en commençant par les mots « Les recours internes ne doivent pas être épuisés ». Une telle approche irait dans le sens du principe général prévu à l'article 10. De plus, il paraît plus facile de formuler ces exceptions en se fondant sur le critère des intérêts réels des États plutôt que sur le critère, très contestable, de la nature prépondérante de la réclamation.

19. M. Galicki considère néanmoins que le texte des deux projets d'article, assorti de toutes les observations formulées au cours du débat, devrait être renvoyé au Comité de rédaction.

20. M. ROSENSTOCK approuve l'approche générale adoptée par le Rapporteur spécial et recommande que les deux projets d'article soient renvoyés au Comité de rédaction. Celui-ci devrait toutefois avoir une certaine idée de la forme que prendront les articles 13 et 14 pour pouvoir appréhender la question de façon globale.

21. Répondant au membre de la Commission qui a exprimé des doutes quant au critère subjectif de l'efficacité des recours, M. Rosenstock dit qu'il les comprend, mais qu'il faut bien donner quelque orientation aux institutions qui seront appelées à se prononcer à ce sujet.

22. M. TOMKA observe que la méthode adoptée par le Rapporteur spécial est inhabituelle. En effet, d'ordinaire, le rapporteur spécial commence par examiner les principes dégagés par la jurisprudence et par la doctrine avant de proposer le projet d'article. L'approche inverse adoptée par le Rapporteur spécial n'est pas toujours facile à suivre, et M. Tomka s'interroge sur sa raison d'être.

23. En ce qui concerne l'article 10, M. Tomka partage l'avis du Rapporteur spécial, selon lequel la règle de l'épuisement des recours internes s'applique non seulement aux recours judiciaires, mais aussi à tous les recours offerts par le système juridique interne, donc également à ceux ouverts devant les autorités administratives.

24. S'agissant du déni de justice, le Rapporteur spécial ne devrait pas avoir à traiter cette question. En effet, si la méthode adoptée par la Commission en matière de responsabilité des États est correcte, la distinction entre normes primaires et normes secondaires devrait également s'appliquer dans le cas de la protection diplomatique.

25. Sans être opposé à l'article 11, M. Tomka considère que, compte tenu de la définition de la protection diplomatique adoptée, il n'est pas indispensable. En effet, lorsque la protection diplomatique est exercée, la règle énoncée à l'article 11 n'a pas de raison d'être. Il suffira alors de distinguer les cas où le dommage est directement causé à l'État de ceux où l'État endosse la réclamation de son ressortissant qui n'a pas obtenu réparation.

26. M. PELLET, se référant à la question concernant la méthode soulevée par M. Tomka, note que le Rapporteur spécial respecte strictement les directives données par la Commission à sa quarante-sixième session[4], consistant à énoncer d'abord le projet d'article puis à en faire le commentaire. Il a du mal quant à lui à suivre cette méthode dans ses propres rapports, n'étant pas aussi discipliné que M. Dugard. Sur le fond, il partage la gêne éprouvée par M. Tomka, dans la mesure où on ne sait parfois pas pour quelle raison le Rapporteur spécial propose telle ou telle disposition, mais il ne pense pas qu'on puisse lui reprocher sa méthode.

[4] Voir *Annuaire... 1994*, vol. II (2e partie), par. 399.

27. M. AL-BAHARNA dit que le Rapporteur spécial expose clairement au paragraphe 6 de son rapport quelles sont les personnes tenues d'épuiser les recours internes.

28. Toutefois, l'article 10 ne semble pas refléter la distinction établie par le Rapporteur spécial entre les personnes morales qui accomplissent des *acta jure gestionis*, pour lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes s'applique, et celles qui accomplissent des *acta jure imperii*, qui ne sont pas soumises à la règle dans la mesure où leur causer un dommage revient à causer directement un dommage à l'État. D'autre part, M. Al-Baharna considère aussi qu'il ne faut pas établir de distinction trop stricte entre règles primaires et règles secondaires dans le contexte de la protection diplomatique.

29. Le Rapporteur spécial rappelle à juste titre que, dans l'affaire *Nielsen c. Danemark*, la Commission européenne des droits de l'homme a déclaré que la règle de l'épuisement des recours internes exige « que soient exercés tous les recours offerts par la législation nationale » [p. 441]. De même, dans l'affaire *Ambatielos*, le tribunal arbitral a déclaré que c'était l'ensemble du système de protection *juridique* prévu par le droit interne qui devait avoir été mis à l'épreuve. Il ressort de l'article 10 qu'il s'agit des recours ouverts devant les tribunaux ordinaires et spéciaux, ainsi que devant les tribunaux administratifs. Or, si les tribunaux judiciaires et les tribunaux administratifs peuvent offrir un recours judiciaire ou juridique satisfaisant à l'étranger lésé, on peut douter qu'il en soit de même des tribunaux spéciaux ou extraordinaires. En outre, le terme « autorités » est ambigu et trompeur, dans la mesure où il fait référence aux organes politiques de l'État et aux représentants de ces organes. Les autorités auxquelles le Rapporteur spécial se réfère à la note de bas de page relative au paragraphe 14 de son rapport confirment clairement que « les recours administratifs et autres qui ne sont pas judiciaires ni quasi judiciaires et ont un caractère discrétionnaire ne sont donc pas couverts pas la règle de l'épuisement des recours internes ».

30. Par ailleurs, M. Al-Baharna considère, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'est pas nécessaire de refléter dans le projet d'article les principes qui ont été dégagés dans les affaires mentionnées aux paragraphes 14 à 17 du rapport, étant donné que, sur un plan pratique, l'expression « tous les recours juridiques internes » couvre tous les recours internes disponibles, procéduraux ou autres.

31. L'article 11 établit une distinction entre dommages directs et dommages indirects causés à l'État. Le Rapporteur spécial confirme que la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas applicable lorsque l'État réclamant est directement lésé par le fait illicite d'un autre État. Il est vrai que, dans la pratique, il est difficile de déterminer si la réclamation est directe ou indirecte lorsqu'elle est mixte, c'est-à-dire lorsque le dommage est causé à la fois à l'État et à ses nationaux. À cet égard, le projet d'article introduit le critère de la « prépondérance », qui a été dégagé dans l'affaire *Interhandel* ainsi que dans l'affaire *ELSI*. Ainsi, comme il est indiqué au paragraphe 21 du rapport, dans le cas d'une réclamation mixte, il incombe au tribunal d'en examiner les différents éléments et de décider si c'est l'élément direct ou indirect qui est prépondérant. L'article 11 prévoit donc que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique lorsque la réclamation internationale se fonde principalement sur un dommage causé à un national, mais il ne traduit pas pleinement les principes qui ont été dégagés dans le cadre des affaires et des réclamations internationales mentionnées dans le rapport.

32. Par ailleurs, le Rapporteur spécial souligne que l'article 11 reflète l'idée que, pour que l'épuisement des recours internes puisse être exigé, il faut que le facteur déterminant à l'origine de la réclamation soit le préjudice causé au national. Cependant, le projet d'article devrait clairement refléter les principes jurisprudentiels relatifs aux facteurs directs et indirects à l'origine d'une réclamation internationale formulée au nom du national lésé, et indiquer les cas dans lesquels le critère de la prépondérance est applicable.

33. D'autres facteurs tels que l'objet du litige, la nature de la réclamation et la nature de la réparation recherchée devraient également être envisagés pour décider si la réclamation penche plutôt dans le sens d'une réclamation directe ou dans celui d'une réclamation indirecte. Selon M. Al-Baharna, ces principaux facteurs devraient être présentés dans le corps de l'article et non dans le commentaire, de manière à ce que le projet d'article soit plus complet et rende mieux compte des principes jurisprudentiels. Contrairement à ce qui est proposé au paragraphe 31 du rapport, il faudrait maintenir dans le projet d'article la phrase qui figure entre crochets, dans la mesure où les facteurs qui y sont énoncés ne constituent pas de simples exemples à reléguer dans le commentaire mais des éléments de la règle dont il convient de tenir dûment compte.

34. M. LUKASHUK a le sentiment que M. Al-Baharna divise l'État en deux, avec d'un côté les tribunaux, qui agiraient dans le cadre du droit, et de l'autre l'administration, qui serait hors la loi, parce qu'elle ne respecterait pas les normes juridiques. Cependant, les lois ont force obligatoire aussi bien pour l'administration que pour les instances judiciaires. En outre, dans bien des cas, les recours administratifs offrent une protection bien plus efficace, et il serait donc mal avisé de les exclure.

35. M. AL-BAHARNA dit, pour dissiper tout malentendu, qu'il n'a pas d'objection à ce que les recours juridiques comprennent aussi des recours devant des instances administratives. S'il a particulièrement insisté sur la mention faite à l'article 10 des tribunaux ordinaires et spéciaux, c'est parce qu'il considère qu'elle n'est pas justifiée dans la mesure où il peut y avoir des doutes quant à l'application des procédures de recours judiciaires ou quasi judiciaires.

36. M. HAFNER, se référant à l'institution de l'ombudsman ou médiateur qui existe dans certains pays, et qui est même consacrée dans de nombreuses constitutions, demande à M. Al-Baharna si la règle de l'épuisement des recours internes s'applique également au médiateur. En d'autres termes, faut-il l'avoir saisi au préalable pour pouvoir recourir à la protection diplomatique ?

37. M. AL-BAHARNA dit qu'il ne cherche pas à remettre en question le recours aux organes administratifs, mais s'interroge simplement sur la pertinence d'une référence aux tribunaux spéciaux.

38. M. GOCO dit que chaque État a ses propres règles en ce qui concerne la mise en œuvre des recours. Ainsi, selon le droit administratif applicable dans son pays, une entité qui investit dans le pays et qui émet des réserves ou des objections à une directive adoptée, par exemple, par le ministre du commerce, peut introduire un recours administratif. La question est de savoir si une telle action permet d'épuiser les recours juridiques propres à ce système, ce qui éviterait de saisir ensuite un tribunal de cette question. En effet, lorsque l'exécutif a déjà pris une décision, il peut s'avérer inefficace de s'adresser aux tribunaux. Dans l'affaire *Interhandel*, il a été indiqué que c'était l'ensemble du système de protection juridique interne qui devait être mis à l'épreuve, ce qui est souvent très difficile.

39. M. LUKASHUK fait observer que M. Al-Baharna a assimilé les tribunaux spéciaux ou extraordinaires à des juridictions d'exception, alors qu'il s'agit simplement d'instances spéciales qui examinent certains types de litige. Ainsi, en Fédération de Russie, ce sont des juridictions spéciales qui connaissent des litiges économiques ou commerciaux, mais ce ne sont pas pour autant des tribunaux d'exception.

40. M. DUGARD (Rapporteur spécial) juge intéressante la question soulevée par M. Hafner. Il ne connaît pas d'affaire dans laquelle les recours internes n'auraient pas été épuisés parce que l'étranger lésé n'aurait pas saisi l'ombudsman. Peut-être M. Hafner en connaît-il. En tout état de cause, l'institution de l'ombudsman est postérieure à la plupart des affaires concernant la protection diplomatique.

41. M. HAFNER dit que la question de l'ombudsman lui est venue à l'esprit lors du débat sur ce qu'il fallait entendre par « instances administratives »; il n'a pas dit que la règle de l'épuisement des recours internes devait s'appliquer à l'ombudsman. En effet, à sa connaissance, un ombudsman n'est pas compétent pour faire annuler ou modifier une décision qui a causé un préjudice; il peut faire des recommandations, mais il ne peut pas obliger une autorité à prendre une certaine décision. Le fait de s'adresser à un ombudsman ne peut donc être, de l'avis de M. Hafner, considéré comme un recours interne. Toutefois, il aimerait connaître l'avis du Rapporteur spécial sur la question, qui est plus politique que juridique.

42. Le PRÉSIDENT, s'exprimant à titre personnel, signale que, dans certaines juridictions, l'ombudsman a le pouvoir de modifier la décision d'un organe administratif. Ainsi, en Ouganda, les compétences de l'ombudsman sont du même ordre que celles d'une juridiction d'appel.

43. M. HERDOCIA SACASA considère que l'élément principal en ce qui concerne les recours internes est celui de leur efficacité. Comme il est indiqué au paragraphe 13 du rapport, « la question essentielle n'est pas le caractère ordinaire ou extraordinaire du recours, mais de savoir si le recours offre un remède efficace et suffisant » [*Nielsen c. Danemark*, p. 439]. Comme l'a dit M. Momtaz, il serait utile d'inclure cet élément dans le projet d'article lui-même.

44. M. GOCO dit qu'il existe plusieurs modalités de mise en œuvre de la règle de l'épuisement des recours internes, et que l'ombudsman est l'une d'elles. Par ailleurs, une action civile spéciale peut également être engagée sur ordonnance de *certiorari* de la Cour suprême, si une partie lésée estime que l'ombudsman a commis un abus de pouvoir ou a dépassé ses compétences.

45. Le PRÉSIDENT déclare clos le débat sur les articles 10 et 11. Il invite le Rapporteur spécial à formuler ses observations finales.

46. M. DUGARD (Rapporteur spécial) remercie tout d'abord M. Pellet de l'avoir tiré d'affaire en répondant à sa place à la difficile question de M. Tomka et en confirmant qu'il avait suivi une procédure conforme à la pratique de la Commission. Contrairement à ce qui s'est passé pour le projet d'article 9, les projets d'articles 10 et 11 ne semblent pas avoir posé de grandes difficultés aux membres de la Commission.

47. Le Rapporteur spécial rappelle que, dans son exposé liminaire, il avait posé la question de savoir s'il convenait qu'il respecte strictement la distinction entre règles primaires et règles secondaires dans le traitement de la règle de l'épuisement des recours internes. Il l'avait fait parce que l'expression « déni de justice » apparaît fréquemment dans les tentatives de codification de cette règle, au point qu'il avait proposé de consacrer un article distinct à ce sujet dans son projet. Les membres latino-américains de la Commission, notamment M. Sepúlveda, se sont à maintes reprises déclarés favorables à cette proposition. Il est cependant tout à fait clair que la majorité des membres de la Commission y restent opposés, ce dont le Rapporteur spécial tiendra compte dans ses travaux futurs. Il lui semble toutefois que la notion de déni de justice devrait faire au moins l'objet d'un développement dans le commentaire.

48. En ce qui concerne le paragraphe 1 de l'article 10, l'expression « formuler une réclamation internationale » a suscité des réserves. Il a été jugé préférable d'employer l'expression « engager une procédure judiciaire internationale ». Pourtant, l'expression « réclamation internationale » est fréquemment utilisée dans les tentatives de codification qui traitent de l'épuisement des recours internes. Sans doute cette question pourrait-elle être examinée au sein du Comité de rédaction. Un certain nombre de membres ont critiqué à juste titre l'insertion des mots « personne physique ou morale » dans ce paragraphe. Le Rapporteur spécial a l'intention de faire figurer dans son projet une ou plusieurs dispositions traitant expressément des personnes morales. Mais il admet qu'il ne convient de distinguer entre personnes physiques et personnes morales que dans les cas précis où l'on souhaite faire une telle distinction et que ce membre de phrase devrait être supprimé. Par ailleurs, comme on l'a fait remarquer, la référence à l'article 15 est erronée et devrait être remplacée par une référence à l'article 14, dont le texte figure au paragraphe 67 du rapport à l'étude. Il faudra peut-être mentionner d'autres articles traitant des questions soulevées au paragraphe 67.

49. Un très large appui s'est manifesté en faveur de l'ajout des mots « et efficaces » après les mots « tous les recours juridiques internes disponibles ». Pour sa part, le Rapporteur spécial avait l'intention de traiter pleinement de la règle de l'efficacité des recours dans un article distinct. M. Momtaz s'est dit hostile à l'inclusion du mot

« efficace » parce qu'il introduirait un élément subjectif alors que les recours disponibles pourraient être déterminés par des moyens objectifs. Il existe cependant une abondante pratique des États à l'appui de l'opinion selon laquelle les recours doivent être à la fois disponibles et efficaces. M. Elaraby a appelé l'attention sur le fait que, dans de nombreux pays, la plus haute juridiction ne peut se prononcer que sur des points de droit et que, dans ce cas, un recours concernant un point de fait ne serait pas disponible. On pourrait donc dire que, dans de telles circonstances, le critère de la disponibilité est suffisant. Il existe toutefois des cas dans lesquels il faut examiner l'efficacité du recours interne dans le cadre du système judiciaire de l'État défendeur, ce qui oblige à s'interroger sur les normes en vigueur dans cet État. Les cas dans lesquels il faudrait déterminer s'il existe un recours efficace en examinant le système judiciaire de l'État défendeur sont extrêmement rares.

50. D'autre part, le Rapporteur spécial dit qu'en tentant de décrire – plutôt que de définir – au paragraphe 2 les recours juridiques internes, il s'est efforcé d'exprimer un principe aussi général que possible. Il a soigneusement évité d'employer le terme « quasi judiciaire » qui revêt différentes significations dans les diverses juridictions internes et soulèverait donc plus de difficultés qu'il n'en résoudrait. Il y a là un point sur lequel le Comité de rédaction pourrait se pencher. Le débat sur la question de savoir si l'individu lésé doit avoir recouru aux services d'un médiateur montre bien les problèmes qui se posent. M. Hafner a fait observer à juste titre que, dans certains pays, le médiateur ne peut que faire des suggestions sur la manière de régler une affaire, tandis que dans d'autres il a plus de pouvoirs. Pour reprendre la maxime juridique citée au paragraphe 13 du rapport (voir *supra* par. 43), la question essentielle n'est pas le caractère ordinaire ou extraordinaire du recours, mais de savoir si le recours offre un remède efficace et suffisant. En d'autres termes, il faut examiner les faits dans chaque cas particulier, ce qui signifie qu'il faut élaborer une disposition tendant à couvrir toutes les possibilités. Des critiques ont été exprimées à propos du principe énoncé au paragraphe 16 du rapport selon lequel le plaideur étranger doit formuler devant les tribunaux nationaux tous les arguments qu'il entend faire valoir au niveau international. On a fait observer à juste titre que cette disposition fait bon marché des différences qui existeront fréquemment entre les procédures internes et les procédures du droit international. C'est un principe difficile à appliquer dans la pratique et c'est pourquoi le Rapporteur spécial n'a pas tenté de le faire figurer dans le projet d'article lui-même. MM. Elaraby et Kabatsi ont évoqué la question de l'indemnité accordée au plan interne et demandé s'il était légitime qu'un plaignant qui ne s'est pas conformé à toutes les procédures internes tente de faire entendre sa cause au plan international. Pour le Rapporteur spécial, c'est là une question de procédure et non une question de fond, telle que celle de l'indemnisation. À l'évidence, si l'individu est mécontent du quantum de la réparation octroyée au niveau interne, il peut se tourner vers une juridiction internationale. Mais quant à savoir s'il peut demander réparation au plan international sans avoir épuisé les procédures internes, c'est un principe difficile à incorporer dans un projet d'article, qui ne devrait donc être abordé que dans le commentaire.

51. Un ou deux membres ont estimé que l'on pouvait se passer de l'article 11. D'autres se sont dits favorables à une fusion des articles 10 et 11. M. Galicki a d'ailleurs fait une proposition utile sur la façon dont cela pouvait être réalisé. La plupart des membres se sont cependant prononcés en faveur du maintien de l'article 11. M. Gaja a proposé de ne retenir que l'un des deux critères proposés, celui de la prépondérance, mais le sentiment général était qu'il fallait retenir les deux critères. En ce qui concerne les facteurs mentionnés entre crochets, la plupart des membres se sont dits opposés à ce qu'ils figurent dans la disposition elle-même. Certains se sont dits favorables à ce qu'ils soient maintenus à condition qu'ils fassent clairement partie de la règle et qu'ils ne soient pas simplement cités comme exemples. Les mots « direct » ou « indirect » ne figurent pas dans l'article 11 mais sont assez fréquemment utilisés dans le commentaire, ainsi que l'ont relevé MM. Economides et Pellet, qui ont estimé qu'il serait plus approprié d'employer les mots « médiat » et « immédiat ». C'est là une question qui pourrait aussi être examinée par le Comité de rédaction.

52. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objection, il considérera que la Commission souhaite renvoyer les articles 10 et 11 au Comité de rédaction.

*Il en est ainsi décidé.*

**Les réserves aux traités[5] *(suite)* [A/CN.4/508 et Add.1 à 4[6], A/CN.4/513, sect. D, A/CN.4/518 et Add.1 à 3[7], A/CN.4/L.603 et Corr.1]**

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME ET SIXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

53. M. PELLET (Rapporteur spécial) présente le deuxième ensemble de projets de directives qu'il propose dans les paragraphes 96 à 173 de son sixième rapport (A/CN.4/518 et Add.1 à 3). Il s'agit des projets de directives 2.1.5 à 2.1.8, qui portent sur les procédures de communication et de publicité des réserves, ainsi que du paragraphe 3 du projet de directive 2.4.2 et du paragraphe 2 du projet de directive 2.4.9 pour ce qui est des déclarations interprétatives.

54. Ces six projets de directives sont inspirés par une préoccupation unique, à savoir s'assurer que les réserves sont connues des partenaires de l'État ou de l'organisation internationale qui les formule, de telle manière que les partenaires en question puissent y réagir en temps utile. La même chose vaut pour les déclarations interprétatives lorsqu'elles appellent une réaction, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de déclarations interprétatives conditionnelles. Conformément à la méthode qu'il suit depuis le départ, et que la Commission semble avoir clairement approuvée, le Rapporteur spécial est parti des disposi-

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

[6] Voir *supra* note 2.

[7] Voir *supra* note 3.

tions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Ces dispositions laissent cependant subsister des zones d'ombre que les projets de directives qu'il présente s'efforcent de dissiper. Il a à l'esprit, en l'espèce, la principale disposition pertinente des Conventions de Vienne, le paragraphe 1 de l'article 23, qui prévoit qu'une réserve doit être communiquée aux États et organisations internationales contractants ou ayant qualité pour devenir parties au traité. Les problèmes se posent dans les mêmes termes pour les États et pour les organisations internationales. Les États contractants sont, comme le précise l'alinéa *f* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne de 1969, ceux qui ont consenti à être liés par le traité, que celui-ci soit entré en vigueur ou non. La détermination des États ayant qualité pour devenir parties peut par contre s'avérer très délicate dans certains cas. Comme le rappellent les paragraphes 101 à 109 du rapport, la Commission avait longuement hésité avant d'adopter dans le projet qui allait devenir le paragraphe 1 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1969 l'idée d'État ayant qualité pour devenir partie au traité. Cette notion ne pose pas de problème particulier lorsque le traité en question définit de façon claire et limitative les États qui ont qualité pour y devenir parties. C'est très loin d'être toujours le cas et la pratique du Secrétaire général de l'ONU témoigne d'un certain embarras à cet égard. Curieusement, les réponses que les États dépositaires ont faites au questionnaire de la Commission sur les réserves ne font pas état de difficultés particulières alors qu'on aurait pu penser que les dépositaires en rencontrent, notamment lorsqu'ils doivent communiquer le texte des réserves à des États qu'ils ne reconnaissent pas, et plus encore à des entités qu'ils ne reconnaissent pas en tant qu'État. Le Rapporteur spécial s'est demandé s'il ne fallait pas tenter de préciser ce qu'était un État ayant qualité pour devenir partie mais a finalement estimé que ce n'était pas opportun car la question de savoir quel État ou quelle organisation internationale a qualité pour devenir partie à un traité n'est pas propre au droit des réserves. Elle se pose très souvent dans le droit des traités en général. Cela étant, sa réponse n'est pas catégorique sur ce point, et comme l'indique la note relative au paragraphe 112 du rapport, il serait très reconnaissant aux membres de la Commission d'exprimer leur sentiment à cet égard.

55. Le Rapporteur spécial indique ensuite qu'il a rédigé le paragraphe 1 du projet de directive 2.1.5 (Communication des réserves) en le calquant sur le paragraphe 1 de l'article 23 de la Convention de Vienne de 1986. Il y a ajouté seulement – mais la précision est importante – que cette communication doit être faite par écrit. Il importe en effet que les États appelés à réagir à une réserve puissent le faire en toute connaissance de cause, ce qui implique que le texte précis de la réserve leur soit communiqué. Au surplus, cela est sinon indispensable, du moins très utile pour déterminer la date précise à laquelle la communication est réputée avoir été faite. C'est dans le même esprit qu'a été rédigé le paragraphe 2 du projet de directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) qui prévoit que « Lorsqu'une communication relative à une réserve à un traité est effectuée par courrier électronique, elle doit être confirmée par courrier postal [ou par télécopie] ». Le Rapporteur spécial avoue ne pas avoir ici d'opinion très arrêtée, et c'est aussi un point sur lequel les avis des membres lui seraient utiles. Télécopie ou pas, l'exigence d'une confirmation écrite, elle aussi d'ailleurs conforme à la pratique, paraît s'imposer encore, et toujours pour les mêmes raisons, à savoir que les États et les autres parties intéressées doivent pouvoir réagir en connaissance de cause.

56. Le paragraphe 1 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne consacre pas de disposition particulière aux réserves aux actes constitutifs d'organisations internationales. Le projet de directive 2.1.5 doit pourtant être complété à cet égard. Le paragraphe 3 de l'article 20 des Conventions exige implicitement que l'organisation en question ait eu connaissance de la réserve, donc que celle-ci lui ait été communiquée, même si l'article 23 ne le dit pas. Telle est du reste la pratique, qui ne va pas d'ailleurs sans poser quelques problèmes, comme l'illustre par exemple la célèbre affaire de la réserve de l'Inde à la Convention portant création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime (OMCI), devenue depuis l'Organisation maritime internationale (OMI), en 1959[8]. Mais en l'espèce les difficultés portaient sur le fond et non sur la communication de la réserve elle-même. Comme le montre le paragraphe 121 du sixième rapport, cette communication est une pratique constante et le Rapporteur spécial propose de la prévoir au paragraphe 2 du projet de directive 2.1.5. Une précision doit en outre être ajoutée pour tenir compte de ce que certains considèrent comme la dilution récente de la notion d'organisation internationale. Cette précision a été inspirée au Rapporteur spécial par un passage du long argumentaire du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies en 1959, dans l'affaire de la réserve de l'Inde[9]. Le Secrétaire général a dit alors qu'il avait pour pratique de renvoyer la question des réserves, et donc de communiquer le texte des réserves projetées aux institutions en cause, non seulement lorsqu'il s'agissait d'actes constitutifs d'organisations internationales au sens strict, mais aussi lorsqu'il s'agissait de traités créant « des organes délibérants », cette expression visant très vraisemblablement le GATT. D'assez nombreux traités adoptés depuis les années 1960 ont créé des institutions dont la nature d'organisation internationale a été mise en doute, notamment des organes de suivi de traités relatifs au désarmement ou à la maîtrise des armements et à la protection de l'environnement, voire la Cour pénale internationale. Pour le Rapporteur spécial, il s'agit bel et bien d'organisations internationales, mais comme cette qualification est parfois contestée, il propose de reprendre au paragraphe 2 du projet de directive 2.1.5 l'expression utilisée par le Secrétaire général de l'ONU et d'ajouter à l'acte constitutif d'une organisation internationale le traité qui crée un organe délibérant. Il s'agit néanmoins d'un point délicat et des observations des membres de la Commission seraient à cet égard les bienvenues.

57. Comme indiqué aux paragraphes 124 et 126 à 128 du rapport, le Rapporteur spécial s'est demandé si d'autres précisions seraient utiles dans le projet de directive 2.1.5. Faut-il, par exemple, indiquer que la réserve doit être communiquée expressément aux chefs de secrétariat des organisations internationales ? Doit-elle être communiquée aux commissions préparatoires qui peuvent exister avant l'entrée en vigueur d'un acte constitutif ? Doit-elle

[8] Voir A/4235, annexe I.

[9] Ibid., par. 21.

être communiquée non seulement à l'organisation mais aussi à ses États membres lorsqu'elle porte sur un acte constitutif ? Sur ce dernier point, le Rapporteur spécial estime qu'une réponse positive s'impose, ne serait-ce que pour des raisons de commodité, puisqu'en définitive, au sein des organisations internationales, ce sont toujours les organes composés d'États membres qui vont se prononcer sur l'admissibilité d'une réserve et il est donc préférable qu'ils en aient connaissance le plus tôt possible. C'est ce qu'implique la conjonction « en outre » qui figure au paragraphe 2 du projet de directive 2.1.5. Par contre, il ne convient pas d'exiger que la réserve soit communiquée exclusivement ou expressément aux chefs de secrétariat. C'est très vraisemblablement ce qui se produira dans la pratique mais ça peut ne pas être le cas en raison de la structure même de l'organisation concernée. De toute façon, cela n'a guère d'importance dès lors que le texte de la réserve parvient à l'organisation. De même, il ne paraît pas opportun de mentionner expressément les commissions préparatoires : d'une part, il n'est pas certain qu'elles aient toujours qualité pour se prononcer sur l'admissibilité d'une réserve et d'autre part, si tel est le cas, la mention des « organes délibérants » peut y pourvoir. Si toutefois le Comité de rédaction décidait de ne pas mentionner les organes délibérants, la question devrait alors être revue. Enfin, il faut se demander si les règles énoncées dans le projet de directive 2.1.5 en matière de réserves sont transposables aux déclarations interprétatives. La réponse semble devoir être négative s'agissant des déclarations interprétatives simples, car celles-ci se caractérisent par l'absence de tout formalisme et il serait paradoxal d'exiger en ce qui les concerne une communication écrite alors que l'écrit n'est pas obligatoire pour leur formulation. Par contre, dans ce domaine comme dans beaucoup d'autres, le régime des déclarations interprétatives conditionnelles devrait être calqué sur celui des réserves : c'est ce que fait le paragraphe 3 du projet de directive 2.4.2 (Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles), qui transpose *mutatis mutandis* à ces déclarations les règles du projet de directive 2.1.5. Cela est cependant provisoire, car la Commission devra se demander si ces directives relatives aux déclarations interprétatives conditionnelles sont utiles, mais il serait prudent qu'elle ne prenne de position définitive sur ce point que lorsqu'elle aura étudié et comparé les effets respectifs des réserves d'une part et des déclarations interprétatives conditionnelles de l'autre. Si à ce moment-là, et à ce moment seulement, la Commission constate que les déclarations interprétatives conditionnelles se comportent comme des réserves, il suffira de supprimer les projets de directives les concernant. Mais la Commission doit se garder de le faire tant qu'elle n'est pas certaine que les effets des unes et des autres sont les mêmes.

58. Les autres projets de directives portent sur des problèmes beaucoup plus secondaires mais pourraient contribuer à simplifier la vie des États et des organisations internationales, qu'il s'agisse de ceux qui formulent des réserves ou des déclarations interprétatives, des autres parties ou des dépositaires eux-mêmes, dont le rôle est au centre des projets de directives 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) et 2.1.7 (Fonctions du dépositaire). Comme le rappellent les paragraphes 135 à 138 du rapport, la Commission et les rapporteurs spéciaux sur le droit des traités avaient, un temps, envisagé de consacrer une disposition spéciale au rôle du dépositaire en matière de réserves. Ils y avaient finalement renoncé en considérant à juste titre que ce rôle était le même que pour toutes les communications relatives au traité, si bien qu'en 1966, à sa dix-huitième session, la Commission a décidé de regrouper dans ce qui est devenu les articles 77 et 78 de la Convention de Vienne de 1969 et les articles 78 et 79 de la Convention de Vienne de 1986 l'ensemble des règles applicables aux notifications et communications d'une part, et au rôle du dépositaire de l'autre[10]. Le Rapporteur spécial signale à ce propos qu'il a commis une erreur dans son rapport et qu'au paragraphe 138 il faut lire « article 78 » et non « article 79 ». Il ne fait donc aucun doute que les communications relatives aux réserves sont couvertes par ces dispositions générales, mais le Guide de la pratique serait incomplet si elles n'y étaient pas reproduites après avoir été adaptées au cas des communications spécifiquement relatives aux réserves. Tel est l'objet du projet de directive 2.1.6, dont le paragraphe 1 reproduit, en l'adaptant aux réserves, le texte de l'alinéa *a* de l'article 79 de la Convention de Vienne de 1986. Le Rapporteur spécial indique qu'il lui a semblé judicieux aux fins de cette adaptation d'utiliser, en ce qui concerne les destinataires de ces communications, la terminologie relative aux réserves plutôt que celle, un peu différente, utilisée dans le chapitre relatif au dépositaire. Sur ce point technique, il renvoie les membres de la Commission aux paragraphes 139 à 141 de son rapport. De plus, le chapeau du paragraphe 1 du projet de directive réserve le cas où les États et les organisations contractants conviendraient expressément ou implicitement de modalités différentes, comme le fait le chapeau du paragraphe 1 de l'article 78 de la Convention de Vienne de 1986.

59. En outre, lorsqu'il y a un dépositaire – et c'est généralement le cas pour les traités multilatéraux –, il convient d'inciter celui-ci à agir avec le plus de célérité possible : tel est le but, dans le projet de directive 2.1.6, de l'expression « dans les meilleurs délais », étant entendu qu'il paraît difficile de fixer un délai précis, ne serait-ce que parce qu'en pratique les délais varient selon les organisations internationales dépositaires. Concrètement, la situation semble satisfaisante puisque, d'après les réponses des organisations internationales dépositaires, les communications relatives aux réserves sont faites dans un délai qui peut n'être que de 24 heures et qui semble ne jamais dépasser trois mois. Quant au paragraphe 2 du projet de directive 2.1.6, il revient sur la forme de ces communications. Le Rapporteur spécial propose de plus, par souci de clarté, que la règle importante qui figure à l'alinéa *b* de l'article 79 de la Convention de Vienne de 1986 soit reproduite dans un projet de directive distinct, qui est pour l'instant numéroté 2.1.8 (Date d'effet des communications relatives aux réserves). Il est évidemment important de savoir quand ces communications prennent effet, puisque cela conditionne le délai pendant lequel les États destinataires peuvent formuler utilement des objections aux réserves conformément aux dispositions de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

60. Comme le paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969 et de l'article 78 de la

[10] Voir *Annuaire... 1966*, vol. II, A/6309/Rev.1 (partie II), p. 183 et suiv.

Convention de Vienne de 1986, le projet de directive 2.1.6 porte sur le rôle purement mécanique du dépositaire. S'il n'y a pas de divergences entre l'État réservataire et les destinataires des réserves et le dépositaire, il n'y a pas de problème. Mais il peut y avoir des divergences entre l'État ou l'organisation internationale réservataire et le dépositaire, par exemple au sujet de l'admissibilité de la réserve, ou encore les destinataires d'une communication peuvent considérer que le dépositaire a outrepassé son rôle. Dans de telles hypothèses, et surtout dans la première, deux attitudes sont concevables. Le dépositaire peut agir comme une sorte de gardien de l'intégrité du traité, et des épisodes anciens et bien connus attestent que telle a été dans le passé la tendance naturelle de certains dépositaires. Mais à la suite de l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* en 1951 puis de celle de la réserve indienne à la Convention portant création de l'OMCI, l'Assemblée générale a considérablement restreint la liberté d'action du Secrétaire général en tant que dépositaire, et ce sont ces règles restrictives, énoncées dans les résolutions 598 (VI) du 12 janvier 1952 et 1452 B (XIV) du 7 décembre 1959 qui ont inspiré les rédacteurs de la Convention de Vienne de 1969, dont le paragraphe 2 de l'article 77, repris dans le paragraphe 2 de l'article 78 de la Convention de Vienne de 1986, ne permet au Secrétaire général que de porter les questions de ce type à l'attention des États et organisations signataires ou contractants et, le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause. C'est le principe du dépositaire « boîte aux lettres », étant entendu que le « facteur » peut tout de même tirer la sonnette pour signaler aux États et aux organisations internationales ce qui à son avis pose problème. Mais il ne peut prendre position, même provisoirement. Il serait inutile de gloser sur les avantages et les inconvénients de ce système, car il correspond au droit positif et est consacré dans les Conventions de Vienne, dont la Commission souhaite a priori ne pas s'écarter : il n'y a donc pas d'autre solution que de reproduire ces règles, et c'est ce que fait le projet de directive 2.1.7.

61. Le Rapporteur spécial constate qu'il a oublié de transposer ces dernières règles aux déclarations interprétatives conditionnelles, et il serait légitime de charger le Comité de rédaction de réparer cette omission et d'ajouter au projet de directive 2.4.9 (Communication des déclarations interprétatives conditionnelles) un troisième paragraphe qui indiquerait que les dispositions des projets de directives 2.1.6, 2.1.7 et 2.1.8 sont également applicables aux déclarations interprétatives conditionnelles. La Commission décidera ultérieurement s'il convient ou non de conserver cette disposition.

62. Pour terminer, le Rapporteur spécial demande aux membres de la Commission de lui donner leur avis sur les six questions particulières suivantes, qui ne sont bien entendu nullement limitatives. Premièrement, serait-il utile de préciser dans le Guide de la pratique lui-même ce qu'il faut entendre par « État ou organisation internationale ayant qualité pour devenir partie au traité » ? Deuxièmement, même si cela n'est pas fondamental, est-ce qu'une communication relative aux réserves ou aux déclarations interprétatives conditionnelles peut être valablement confirmée ou faite par télécopie comme le prévoit, mais entre crochets, le projet de directive 2.1.6 ? Troisièmement, et cela est plus important, convient-il de mentionner, à côté des actes constitutifs d'organisations internationales, les traités créant « un organe délibérant ayant qualité pour accepter une réserve » (paragraphe 2 du projet de directive 2.1.5) ? Quatrièmement, la communication par le dépositaire d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale doit-elle dispenser ce dépositaire de communiquer la réserve aux États membres ou ayant vocation à devenir parties à cet acte constitutif ? Cinquièmement, faut-il, toujours dans le projet de directive 2.1.5, mentionner à côté des organisations internationales et, éventuellement, des organes délibérants les commissions préparatoires souvent créées dans l'attente de l'entrée en vigueur d'un acte constitutif ? Enfin, les membres de la Commission peuvent-ils accepter que le Comité de rédaction prévoie, au moins à titre provisoire, comme le Rapporteur spécial le souhaite vivement, que les règles relatives aux réserves figurant dans les projets de directives 2.1.6, 2.1.7 et 2.1.8 soient transposées aux déclarations interprétatives conditionnelles ?

63. En conclusion, le Rapporteur spécial fait observer qu'il rédige ses rapports exclusivement en français et qu'il ne comprend donc pas pourquoi, depuis l'année précédente, ils sont distribués avec la mention « Original : anglais/français ». Le motif en serait, d'après le secrétariat, que lesdits rapports contiennent des citations en anglais. Or les quatre rapports précédents sur le sujet en contenaient également, et ils portaient pourtant la mention « Original : français ». En outre, il arrive que des citations soient en espagnol ou en italien. D'autre part, et ceci est fondamental, il est scientifiquement indispensable de citer la doctrine comme la jurisprudence dans la langue originale. Enfin, ces citations en anglais sont toujours accompagnées d'une traduction en français faite par M. Pellet lui-même avec l'aide du secrétariat. Pour toutes ces raisons, le Rapporteur spécial souhaiterait très vivement qu'on revienne à la pratique antérieure pour ne pas donner à penser qu'il rédige ses rapports en anglais ou, pire encore, qu'il fait écrire des passages de ses rapports dans cette langue. À défaut, il se verra contraint de ne plus faire aucune citation en langue anglaise et ne pourra donc plus citer d'auteurs anglophones.

64. M. KATEKA, qu'appuie M. HAFNER, s'étonne que dans la version anglaise du rapport des citations dont la langue originale est l'anglais soient accompagnées d'une traduction en français et comprend mal l'objet de cette pratique.

65. M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) dit qu'il s'agit d'une erreur technique du secrétariat. Répondant au Rapporteur spécial, il indique que, si un document soumis dans une langue contient ne serait-ce qu'une phrase dans une autre langue, les règles en vigueur régissant l'édition des documents exigent du secrétariat qu'il publie le document en mentionnant les deux langues comme langues originales.

66. M. LUKASHUK dit que, si l'on doit suivre le Rapporteur spécial, certaines citations devraient être publiées dans l'original arabe, chinois ou russe, qui sont des langues officielles, et que cela risque de poser des difficultés.

67. M. ILLUECA souscrit pleinement à l'opinion du Rapporteur spécial : il est indispensable, pour la rigueur scientifique du travail de la Commission, que les citations soient données dans leur langue originale. Il est très utile aussi bien pour les universitaires, les juristes ou les gouvernements à qui s'adressent les travaux de la Commission de disposer des citations originales.

68. M. ROSENSTOCK dit que le silence au sujet de la distinction que veut opérer le Rapporteur spécial entre les déclarations interprétatives conditionnelles et les autres ne vaut pas consentement. Le fait de ne pas soulever la question pour le moment ne doit aucunement être interprété comme une approbation de cette notion.

*La séance est levée à 13 h 10.*

---

## 2691e SÉANCE

*Mercredi 18 juillet 2001, à 10 h 5*

*Président :* M. Peter KABATSI

*Présents :* M. Addo, M. Al-Baharna, M. Candioti, M. Crawford, M. Dugard, M. Economides, M. Gaja, M. Galicki, M. Goco, M. Hafner, M. He, M. Herdocia Sacasa, M. Kateka, M. Kusuma-Atmadja, M. Lukashuk, M. Melescanu, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Tomka, M. Yamada.

---

### Les réserves aux traités[1] *(suite)* [A/CN.4/508 et Add.1 à 4[2], A/CN.4/513, sect. D, A/CN.4/518 et Add.1 à 3[3], A/CN.4/L.603 et Corr.1]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME ET SIXIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. LUKASHUK dit que, plutôt que de s'arrêter longuement sur les mérites considérables du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/518 et Add. 1 à 3), il préfère formuler des observations sur le fond. Premièrement, s'agissant des deux versions du projet de directive 2.1.3 (Compétence pour formuler une réserve au plan international) qui figurent aux paragraphes 69 et 70, il préfère la version longue : comme le Guide doit être utilisé dans la pratique, l'utilisateur doit avoir toutes les dispositions pertinentes sous la main pour ne pas être obligé de les chercher ailleurs. Deuxièmement, beaucoup plus importante que la question de la compétence pour formuler une réserve est celle de la compétence pour l'accepter; or, malheureusement, cette question qui, de plus, intéresse le projet de directive 2.1.4 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves), relatif à la violation des règles internes, n'est pas envisagée du tout dans le rapport. Troisièmement, en ce qui concerne le projet de directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves), il serait plus logique, pour des raisons purement cosmétiques, d'inverser l'ordre des alinéas *a* et *b* : l'expression positive « S'il y a un dépositaire » devrait précéder l'expression négative « S'il n'y pas de dépositaire ». Dans le projet de directive 2.1.8 (Date d'effet des communications relatives aux réserves), la négation (« n'... qu' ») n'est présente, à ce qu'il semble à M. Lukashuk, que parce que la même expression est utilisée dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Elle est néanmoins redondante et pourrait être omise. Le projet de directive 2.2.1 (Formulation des réserves à la signature et confirmation formelle) n'est pas, comme le Rapporteur spécial lui-même l'a noté, particulièrement important et il pourrait être préférable, plutôt que de consacrer une disposition à la question, de se contenter de le mentionner dans le commentaire. Dans le projet de directive 2.2.3 (Non-confirmation des réserves formulées lors de la signature [d'un accord en forme simplifiée] [d'un traité entrant en vigueur du seul fait de sa signature]), les mots « accord en forme simplifiée » qui figurent entre crochets devraient être supprimés, car la notion est extrêmement controversée. C'est ce que confirme un ouvrage de Smets faisant autorité[4], ainsi que la pratique judiciaire, comme le montre une décision de la Cour suprême d'Autriche de 1973 sur la validité des traités dans une affaire de vente de terrain à un étranger *(Land Sale to Alien)*. Quant au projet de directive 2.2.4 (Réserves à la signature expressément prévues par le traité), il est certes possible que des réserves soient formulées lors de la signature d'un traité si celui-ci le prévoit expressément, mais de telles réserves sont de toute façon rares et indiquer qu'elles ne nécessitent pas une confirmation formelle irait à l'encontre de toutes les règles existantes. La Commission n'est pas mandatée pour créer une telle règle de droit : la confirmation formelle est toujours requise. La définition des personnes compétentes pour formuler une déclaration interprétative, qui figure dans le projet de directive 2.4.1 (Formulation des déclarations interprétatives), est trop étroite. En pratique, de telles déclarations sont faites par une large gamme de représentants de l'État et c'est à l'État qu'il appartient de décider. M. Lukashuk engage le Rapporteur spécial à revoir cette disposition. Dans le projet de directive 2.4.2 (Formulation des déclarations interprétatives conditionnelles), il préférerait que l'on parle simplement d'un « organe », et non d'un « organe délibérant ». Cette dernière expression est apparemment tirée de la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, mais elle est à la fois incompréhensible et superflue. Le terme « organe » est tel quel suffisant et juridiquement assez précis. S'agissant du projet de directive 2.4.7 (Déclarations interprétatives tardives), on

---

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

[2] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[4] P.-F. Smets, *La conclusion des accords en forme simplifiée*, Bruxelles, Bruylant, 1969.