Document:-
A/CN.4/SR.2854

Compte rendu analytique de la 2854e séance

sujet:
<plusiers des sujets>

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-
2005, vol. I

Telechargé du site Internet de la Commission du Droit International
(http://legal.un.org/ilc/)

Copyright © Nations Unies

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, Mme 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, Mme 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 Mme 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, Mme 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 2842e 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