

Document:-  
**A/CN.4/SR.3066**

**Compte rendu analytique de la 3066e séance**

sujet:  
**<plusieurs des sujets>**

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-  
**2010, vol. I**

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

celle figurant dans sa déclaration. Bien que la directive ne l'indique pas expressément, il ressort implicitement du rapport que l'auteur peut retirer ou modifier sa déclaration interprétative à tout moment. L'intervenant ne saisit pas pourquoi l'auteur ne peut revenir sur sa déclaration sans la retirer formellement ou la modifier, et il ne suit pas le raisonnement du Rapporteur spécial sur ce point.

106. Au paragraphe 255 [par. 545], le Rapporteur spécial justifie son approche en déclarant qu'«il s'agit [...] d'un corollaire du principe de la bonne foi» et en indiquant qu'elle n'est pas nécessairement fondée sur l'estoppel; pourtant, au paragraphe 257 [par. 547], il affirme que l'auteur de la déclaration interprétative a créé une attente chez ses cocontractants, qui, agissant de bonne foi, peuvent en tenir compte et tabler sur elle, ce qui semble bien constituer l'estoppel. Ce projet de directive a une portée trop large. Il peut très bien y avoir des circonstances dans lesquelles les parties à un traité ont tablé sur la déclaration interprétative d'un État et, sans l'accepter expressément, ont adapté leur comportement en conséquence. Dans une telle situation, l'auteur ne devrait pas pouvoir exprimer une opinion en contradiction avec sa déclaration et pourrait de fait être lié par elle, probablement cependant au titre de la pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité et non du fait du caractère obligatoire de la déclaration elle-même. L'auteur de la déclaration interprétative peut toujours la retirer mais il pourrait demeurer lié par elle du fait du comportement qu'il a suscité chez ses cocontractants.

107. Toutefois, lorsqu'un État formule une déclaration interprétative sur laquelle il n'est pas établi que quiconque ait fait fond et lorsque, de fait, des événements ultérieurs, par exemple une décision judiciaire, rendent l'interprétation proposée dans cette déclaration moins plausible, on peut se demander pourquoi l'État concerné, qui, après de nombreuses années, a peut-être oublié sa déclaration interprétative, devrait être empêché d'adopter une position contraire. L'approche adoptée dans le projet de directive 4.7.2 a un résultat quelque peu pervers au sens où un acte qui n'avait pas d'effet juridique pour les autres États a un effet juridique «boomerang» pour son auteur. Même si, au paragraphe 256 [par. 546], le Rapporteur spécial nie que l'auteur d'une déclaration interprétative soit lié par l'interprétation qu'il défend dans celle-ci, c'est implicitement ce qui se passe.

108. Nonobstant le titre du projet de directive, au paragraphe 258 [par. 548] le Rapporteur spécial explique que cet empêchement s'applique non seulement à l'auteur de la déclaration mais aussi à tout État ou toute organisation qui a approuvé l'interprétation qui y figurait et qui est aussi empêché d'invoquer une interprétation différente. Cette disposition va trop loin en l'absence d'estoppel et, même s'il y avait estoppel, il ne serait peut-être applicable qu'entre l'auteur et l'État qui a approuvé l'interprétation, et non aux États tiers. L'intervenant dit qu'il n'est pas d'accord avec Sir Michael pour supprimer ce projet de directive, mais il propose d'en limiter la portée en ajoutant ce qui suit à la fin de la disposition: «lorsque d'autres parties contractantes ont fait fond sur cette interprétation et ont agi en conséquence».

109. M. PELLET (Rapporteur spécial), soucieux d'éviter que le débat sur le projet de directive 4.7.2 ne

se poursuive, se déclare convaincu que le libellé actuel de cette disposition est de portée trop large et doit être modifié. Il n'est toutefois pas favorable à la suppression du projet de directive.

*La séance est levée à 13 heures.*

## 3066<sup>e</sup> SÉANCE

*Vendredi 16 juillet 2010, à 10 heures*

*Président: M. Nugroho WISNUMURTI*

*Présents: M. Cafisch, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Dugard, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Hassouna, M. Hmoud, M<sup>me</sup> Jacobsson, M. Kamto, M. Kemicha, M. McRae, M. Melescanu, M. Murase, M. Niehaus, M. Nolte, M. Pellet, M. Perera, M. Saboia, M. Valencia-Ospina, M. Vargas Carreño, M. Vasciannie, M. Vázquez-Bermúdez, M. Wako, Sir Michael Wood.*

### **Expulsion des étrangers (suite) [A/CN.4/620 et Add.1, sect. C, A/CN.4/625 et Add.1 et 2, et A/CN.4/628 et Add.1]**

[Point 6 de l'ordre du jour]

#### SIXIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (*fin*)

1. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à résumer le débat consacré à son sixième rapport sur l'expulsion des étrangers (A/CN.4/625 et Add.1 et 2).
2. M. KAMTO (Rapporteur spécial) dit qu'avant d'aborder le résumé du débat proprement dit il reviendra d'abord sur quelques observations d'ordre général faites par des membres de la Commission, puis sur des questions de méthode et de fond soulevées par certains États et reprises lors des débats en séance plénière par quelques membres et enfin sur la proposition de restructuration des projets d'article.
3. Deux membres de la Commission ont réitéré leur opinion déjà connue, à savoir que la Commission ne devait pas se saisir du sujet de l'expulsion des étrangers: l'un au motif qu'il n'existait pas de règles générales de droit international en la matière et que, par conséquent, le sujet relevait du droit interne des États et non pas du droit international, l'autre au motif que le sujet relevait des négociations diplomatiques et échappait donc au travail technique attendu de la Commission. Ces membres rejoignent en cela la position exprimée par deux ou trois délégations à la Sixième Commission.
4. Face à la persistance de cette opinion, M. Kamto rappelle, en premier lieu, que tous les sujets examinés par la Commission sont, sans exception, des sujets de négociation. Il n'a pas connaissance d'un seul cas où des projets d'article élaborés par la Commission, aussi admirables qu'ils aient pu être, soient devenus directement des

dispositions conventionnelles, sans passer par une conférence diplomatique. S'il en a été ainsi pour le droit des traités – dont on pourrait dire qu'il traite de règles générales et de techniques juridiques, et non d'une matière concrète, factuelle –, il devrait en aller de même a fortiori pour les autres sujets. Les travaux de la Commission sur les crimes internationaux<sup>298</sup> n'ont-ils pas aidé à l'élaboration du Statut de la Cour pénale internationale? Et ne pouvait-on pas considérer que ceux relatifs aux cours d'eau internationaux<sup>299</sup> portaient sur un sujet de négociation?

5. En second lieu, l'idée qu'il n'existerait que des règles établies en droit international en matière d'expulsion d'étrangers et que les projets d'article proposés jusque-là ne sont qu'un assemblage de *lex ferenda* est-elle exacte? À la lumière de l'Article 38 du Statut de la Cour internationale de Justice, il existe quatre sources d'extraction des règles codifiables: les conventions internationales; la coutume; les principes généraux du droit reconnus par les nations; la jurisprudence, et, accessoirement, la doctrine. M. Kamto travaille à partir de ces quatre sources, et c'est seulement lorsqu'une règle ne provient ni d'une source conventionnelle, universelle ou régionale, ni d'une source coutumière incontestable, ni de la jurisprudence internationale qu'il propose une règle au titre du développement progressif, soit parce qu'elle ne s'appuie que sur quelques pratiques nationales convergentes, soit parce qu'elle repose sur une jurisprudence régionale non relayée dans d'autres régions ou au niveau universel.

6. La deuxième observation d'ordre général formulée par certains membres a trait précisément à la méthodologie. Ces questions méthodologiques sont sous-jacentes aussi bien dans les déclarations de certains États à la Sixième Commission que dans les interventions de certains membres de la Commission. En effet, lors de l'examen du rapport annuel de la Commission à l'Assemblée générale, au sein de la Sixième Commission, un État a reproché au Rapporteur spécial, d'une part, de codifier le droit européen<sup>300</sup> puisqu'il s'appuyait abondamment sur la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, et, d'autre part, de s'appuyer sur ce que l'on appelle la «jurisprudence» du Comité des droits de l'homme<sup>301</sup> et des autres organes conventionnels des Nations Unies. Le même État et quelques autres ont demandé qu'une plus grande place soit accordée à l'étude comparée des droits nationaux en la matière.

7. Un tel reproche est étonnant, car dans son cinquième rapport<sup>302</sup>, qui était essentiellement consacré à la protection des droits de l'homme de la personne objet d'expulsion, M. Kamto est parti à chaque fois d'une analyse des conventions internationales pertinentes avant d'examiner comment telle ou telle disposition de ces conventions était interprétée par le Comité des droits de l'homme et les autres organes conventionnels, ainsi que par les juridictions

régionales des droits de l'homme, en l'occurrence la Cour européenne des droits de l'homme, mais aussi la Cour inter-américaine des droits de l'homme, et parfois la Commission africaine des droits de l'homme et des peuples. L'étude des droits nationaux ne pouvait avoir qu'un rôle très limité dans ce domaine car il s'agissait de règles bien établies en droit international conventionnel, et étayées par la jurisprudence internationale. Un autre membre de la Commission a estimé que, devant la difficulté d'accéder à l'ensemble des législations pertinentes des États, ceux en développement en particulier, il fallait exploiter les travaux préparatoires des conventions internationales, par exemple celle relative aux travailleurs migrants. M. Kamto prend bonne note de cette suggestion, tout en demandant si, au cours de ses propres lectures, ce membre a pu extraire des déclarations faites par les représentants des États dans le cadre des travaux préparatoires en question un élément sur lequel on puisse s'appuyer.

8. En tout état de cause, le sixième rapport accorde, comme on a pu le constater, une place beaucoup plus importante à l'étude des pratiques nationales à travers la législation et la jurisprudence. Il convient cependant d'indiquer que les pratiques nationales ne servent de base à des propositions de projets d'article au titre du développement progressif que lorsque la question abordée n'est pas réglée par les instruments juridiques internationaux ou la jurisprudence internationale et que les pratiques nationales en question sont convergentes. S'agissant des deux membres de la Commission qui ont aussi fait une critique de la méthode de travail employée, l'un d'eux a estimé que les sources utilisées étaient très anciennes, voire anachroniques, et l'autre a reproché au Rapporteur spécial, d'une part, l'utilisation de sources non fiables et, d'autre part, l'utilisation sélective d'informations concernant un pays.

9. Pour ce qui est de l'ancienneté des sources utilisées, M. Kamto ignore s'il existe une limite temporelle au-delà de laquelle des études scientifiques ne devraient plus être utilisées. Si tel est le cas, il aimerait qu'on la lui indique, au moins pour l'avenir. Concrètement, comment peut-on reprocher à une étude sur l'expulsion des étrangers de partir de travaux effectués sur ce sujet à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle, c'est-à-dire à une époque où la matière a connu un essor dans les législations nationales et a donné lieu à une jurisprudence arbitrale riche qui a dégagé les premiers principes du droit international dans ce domaine? C'est à partir de cette époque que le sujet a fait l'objet d'importants travaux. L'Institut de droit international lui-même lui a consacré une résolution en 1892<sup>303</sup>. On ne peut non plus ignorer les sentences arbitrales rendues, par exemple, dans les affaires *Ben Tillet* ou *Dillon*. Évoquer des faits et des règles d'une époque révolue ne signifie pas que l'on s'y appuie pour proposer des projets d'article. Cela sert à montrer l'évolution du sujet et à établir, selon le cas, que la règle proposée était déjà consacrée et a un caractère coutumier incontestable ou, au contraire, que la règle de l'époque est dépassée de nos jours. C'est ce qui a été fait, par exemple, à propos des motifs d'expulsion: l'expulsion pour des raisons de santé publique, pour mendicité, vagabondage ou vie déréglée, admise à la fin du XIX<sup>e</sup> siècle

<sup>298</sup> *Annuaire...* 1996, vol. II (2<sup>e</sup> partie), chap. II, projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité, p. 17, par. 50.

<sup>299</sup> *Annuaire...* 1994, vol. II (2<sup>e</sup> partie), chap. III, sect. D, projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, p. 94, par. 222.

<sup>300</sup> *Documents officiels de l'Assemblée générale, Sixième Commission, soixante-cinquième session, 25<sup>e</sup> séance (A/C.6/65/SR.25)*, par. 7.

<sup>301</sup> *Ibid.*, par. 11.

<sup>302</sup> *Annuaire...* 2009, vol. II (1<sup>re</sup> partie), document A/CN.4/611.

<sup>303</sup> «Règles internationales sur l'admission et l'expulsion des étrangers proposées par l'Institut de droit international et adoptées par lui à Genève, le 9 septembre 1892», *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. XII (1892-1894), p. 218.

et au début du XX<sup>e</sup> siècle, ne l'est plus actuellement, en raison notamment des évolutions fondamentales dans le domaine des droits de l'homme.

10. En ce qui concerne enfin le sérieux des informations utilisées dans le sixième rapport et le caractère «sélectif» de la démarche adoptée, il suffit de dire que les informations en question proviennent d'organisations non gouvernementales reconnues actives dans la défense des droits des étrangers et qu'elles ont été données chaque fois avec leurs références complètes. M. Kamto ignorait que le Rapporteur spécial n'était autorisé, lorsqu'il écrit sur la pratique d'un État, à ne se servir que d'informations officielles. Concernant ce prétendu caractère sélectif, il trouve l'accusation à la fois grave et de mauvaise foi. Grave, parce qu'elle donne à croire que M. Kamto a quelque chose de particulier ou de personnel contre l'État en question, ce qui n'est évidemment pas le cas. De mauvaise foi, pour deux raisons: d'abord parce qu'au paragraphe 214 il a pris la précaution d'indiquer que les cas cités pour illustrer les conditions de détention des étrangers objets d'expulsion l'étaient uniquement à titre d'exemple et qu'ils avaient été choisis en raison de leur disponibilité. Un membre de la Commission a d'ailleurs attiré l'attention des membres sur cette précaution. Enfin, parce que s'agissant plus particulièrement de l'État concerné, en l'occurrence l'Allemagne, M. Kamto rappelle des faits historiques, mais aussi la législation récente (1990 et 1993). Il prend en outre le soin de préciser: «On n'a pu cependant accéder aux informations sur les conditions de détention dans de tels centres.» Il faut croire que ces précautions n'auront servi à rien. Sur un sujet aussi complexe, il est difficile d'être irréprochable et M. Kamto accueillera toujours de bonne grâce tout rectificatif ou complément d'information que les États et les membres de la Commission pourraient apporter. Il ne peut accepter en revanche d'être accusé de la sorte.

11. La troisième observation d'ordre général portait sur la proposition de restructuration du projet d'articles formulée par un membre de la Commission et qui a donné lieu à la création d'un groupe de travail informel. Elle est sans doute fondée, mais une restructuration à ce stade paraît prématurée, et le groupe de travail informel a dû se rendre à l'évidence puisqu'il n'a débouché sur rien de concret à ce sujet. M. Kamto a toutefois pris bonne note de cette proposition et a promis de proposer lui-même une restructuration au début de la session suivante.

12. Abordant le résumé proprement dit du débat consacré au sixième rapport sur l'expulsion des étrangers, M. Kamto rappelle que le projet d'article A (Interdiction de l'expulsion déguisée) a suscité principalement deux observations. La première portait sur le titre du projet d'article. Certains membres ont estimé que l'expression «expulsion déguisée» n'était ni claire ni précise, voire qu'elle était journalistique et non pas juridique et qu'il valait mieux se rapprocher de l'expression anglaise *constructive expulsion*. C'est en effet l'expression utilisée notamment par la Commission des réclamations entre l'Érythrée et l'Éthiopie et par le Tribunal des réclamations Iran/États-Unis dans l'affaire *Short c. Iran*, comme indiqué d'ailleurs aux paragraphes 37 et 38 du sixième rapport. Il se trouve que M. Kamto travaille en français et qu'il a eu du mal à trouver une bonne traduction de l'expression anglaise. Il est donc ouvert à toute suggestion.

13. La seconde observation d'ordre général portait sur l'articulation entre le projet d'article A et la définition de l'expulsion dans le projet d'article 2 (Définitions). M. Kamto convient que le paragraphe 2 du projet d'article A reprend cette définition et qu'il pourrait être supprimé le cas échéant. En revanche, il faut absolument conserver le paragraphe 1, car, même si le projet d'article 2 définit cette forme d'expulsion, il n'est dit nulle part dans le projet d'articles qu'elle est interdite. Or elle est interdite parce qu'elle viole toutes les règles de procédure et ne permet aucune protection des droits de l'homme de la personne expulsée.

14. À propos du projet d'article 8 (Interdiction de l'extradition déguisée en expulsion), plusieurs membres de la Commission ont relevé que tel qu'il était formulé, il n'entrait pas dans le champ d'application du sujet et qu'en tout état de cause il ne prenait pas en considération le cas où l'expulsion se faisait sur la base d'un accord de coopération. De manière plus décisive, ils ont fait valoir que rien n'interdisait à un État d'expulser une personne faisant l'objet d'une demande d'extradition si les conditions requises pour l'expulsion étaient réunies. M. Kamto a donc reformulé le projet d'article 8 pour tenir compte de ces observations judiciaires et il a été admis dès lors que ce projet d'article pouvait être renvoyé au Comité de rédaction. Le titre sera modifié en conséquence et libellé comme suit: «L'expulsion en rapport avec l'extradition.»

15. Un membre de la Commission a demandé si le Rapporteur spécial entendait inclure dans ce projet d'article une disposition relative à la compétence des juridictions nationales en cas d'extradition déguisée, sur la base de la jurisprudence de certains pays, notamment celle de l'Afrique du Sud s'appuyant sur les décisions des juridictions américaine, britannique et israélienne dans l'affaire *Eichmann*, ou encore de la Cour suprême du Zimbabwe. M. Kamto pense qu'il n'y a pas lieu de rédiger une disposition normative sur cette question mais il prévoit de refléter cette préoccupation dans les commentaires.

16. En ce qui concerne le projet d'article 9 (Motifs d'expulsion), un membre de la Commission a estimé que les deux seuls motifs à retenir devaient être l'ordre public et la sécurité nationale car, selon lui, tous leur étaient rattachés d'une manière ou d'une autre. Tel fut d'abord le sentiment de M. Kamto, mais la suite de l'étude a montré qu'il serait imprudent de tout ramener à ces deux motifs, et plusieurs membres de la Commission sont allés dans le même sens. C'est pourquoi la formulation du projet d'article 9 laisse une ouverture, en disant que tout autre motif pourrait être invoqué par l'État à condition qu'il ne soit pas contraire au droit international. Cela étant dit, M. Kamto prend acte des précisions apportées par le membre en question quant à la contribution de la jurisprudence de la Cour internationale de Justice sur la notion de «sécurité nationale», qui lui permettront d'enrichir les commentaires du projet d'article 9.

17. En revanche, il est inexact de dire, comme l'a fait le membre en question, que sur ce point M. Kamto a suivi trop étroitement les motifs énoncés dans le mémorandum du Secréariat sur l'expulsion des étrangers<sup>304</sup>. Il suffit de relire les deux documents pour voir ce que le rapport du Rapporteur spécial apporte à cet égard.

<sup>304</sup> A/CN.4/565 et Corr.1 (voir *supra* la note 42).

18. En ce qui concerne le projet d'article B (Obligation de respecter les droits de l'homme de l'étranger au cours de l'expulsion ou pendant la détention en vue de l'expulsion), M. Kamto voudrait rappeler qu'il a proposé la suppression du paragraphe 1, qui semble faire double emploi avec le projet d'article 8 (refondu avec le projet d'article 9 au Comité de rédaction). Certains membres ont trouvé ce projet d'article trop détaillé, en particulier lorsqu'il dit à l'alinéa *a* du paragraphe 2 que l'étranger objet de l'expulsion doit être détenu dans un lieu approprié distinct de celui où sont détenues les personnes condamnées à des peines privatives de liberté. Il se peut en effet que cela soit trop détaillé mais cette règle résulte de la jurisprudence et c'est ce détail ou cette précision qui permet de bien mettre en évidence le fait que la décision d'expulsion n'a pas un caractère punitif et que la personne qui en fait l'objet n'est pas sous le coup d'une sanction pénale. Il appartiendra au Comité de rédaction de décider si l'on peut trouver une formulation plus générale.

19. En fait, seul le projet d'article 8 avait soulevé des réserves très nettes de la plupart des membres de la Commission, mais sa reformulation les a levées et la Commission a décidé que l'ensemble des projets d'article figurant dans la première partie du sixième rapport, c'est-à-dire les projets d'articles A, 8 dans sa nouvelle version, 9 et B, seraient renvoyés au Comité de rédaction.

20. S'agissant maintenant des observations portant sur la deuxième partie du sixième rapport concernant les procédures d'expulsion, M. Kamto note que tous les membres de la Commission qui ont pris la parole à ce sujet ont approuvé l'orientation générale du document ainsi que l'effort consistant à établir une distinction entre les étrangers se trouvant régulièrement sur le territoire de l'État expulsant et ceux qui s'y trouvent irrégulièrement. À la vérité, cette distinction est plus affinée car, au sein de la catégorie des étrangers en situation irrégulière, il y a lieu encore de distinguer entre ceux entrés illégalement de fraîche date et ceux qui se trouvent illégalement sur le territoire depuis un certain temps.

21. M. Kamto rappelle ces distinctions parce qu'on a relevé, pour le déplorer, qu'il n'avait pas prévu de garanties procédurales spécifiques pour les étrangers en situation irrégulière sur le territoire de l'État expulsant. Pensant qu'il y avait lieu de donner une suite à ce souhait, il a modifié le projet d'article A1 (Garanties procédurales en cas d'expulsion d'un étranger se trouvant irrégulièrement dans l'État expulsant). Le paragraphe 1 essaie de prendre en compte la situation des étrangers qui sont entrés illégalement mais de fraîche date; la garantie est minimale en ce qu'elle renvoie simplement à la loi. L'autre catégorie d'étrangers en situation irrégulière dans l'État expulsant peut bénéficier d'une plus grande protection, la difficulté à cet égard étant de trouver la juste mesure pour faire la distinction entre les garanties procédurales offertes aux étrangers en situation régulière et les garanties offertes à ceux en situation irrégulière mais de fraîche date. Le projet d'article A1, tel que modifié, se lit donc comme suit:

«1. L'expulsion d'un étranger entré illégalement [de fraîche date] dans l'État expulsant [ou dans un délai inférieur à six mois?] se fait conformément à la loi.

«2. L'expulsion d'un étranger qui se trouve en situation irrégulière dans l'État expulsant, mais qui y jouit d'un statut particulier prévu par la loi, ou qui y séjourne depuis un certain temps [au moins six mois?], se fait en exécution d'une décision prise conformément à la loi et dans le respect des droits procéduraux suivants:

- «a) le droit à la notification de la décision d'expulsion;
- «b) le droit de contester la décision d'expulsion;
- «c) le droit d'être entendu;
- «d) le droit d'accès à des recours efficaces pour contester la décision d'expulsion;
- «e) le droit à la protection consulaire.»

22. Ensuite viennent donc les garanties procédurales en cas d'expulsion d'un étranger en situation régulière dans l'État expulsant, avec le projet d'article B1 (Obligation de conformité avec la loi) et le projet d'article C1 (Droits procéduraux de l'étranger objet de l'expulsion). Certains membres de la Commission ont proposé que l'on supprime, dans le projet d'article B1, le mot «légalement» pour que la question de la conformité à la loi couvre aussi bien les personnes en situation irrégulière que celles en situation régulière, mais M. Kamto a pensé qu'il n'était peut-être pas judicieux d'adopter cette approche car l'expression «conforme à la loi» est une formule figurant expressément dans le Pacte international relatif aux droits civils et politiques et qu'en supprimant le terme «légalement» on risquerait de créer une confusion. Aussi lui a-t-il semblé qu'il était préférable qu'il y ait une répétition.

23. Le projet d'article B1 a reçu un appui quasi unanime des membres de la Commission.

24. Quant au projet d'article C1, il n'a pas été contesté dans son principe mais plutôt à propos de l'opportunité juridique de certaines dispositions qui y figurent au titre du développement progressif. Ainsi en est-il, par exemple, du droit à l'aide juridictionnelle, voire, pour certains membres, du droit aux services d'interprétation et de traduction. Les membres qui ont émis cette dernière objection ont fait valoir les coûts que de tels services entraîneraient pour l'État expulsant. Cependant, le droit à l'interprétation et à la traduction est bien établi en droit international et il pourrait même être codifié en tant que principe général de droit puisqu'il est reconnu dans pratiquement toutes les législations nationales. En ce qui concerne l'aide juridictionnelle, M. Kamto a indiqué très clairement qu'il s'agissait de développement progressif. Cela dit, un membre a proposé le principe de l'effet suspensif d'un recours contre une mesure d'expulsion. M. Kamto s'est longuement penché sur cette question dans le rapport qui sera examiné par la Commission à la session suivante et a constaté que cette règle de l'effet suspensif est essentiellement tirée du droit européen et, en particulier, de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme telle qu'elle résulte notamment des arrêts rendus dans les affaires *Jabari c. Turquie* (2000) et *Mamatkoulouov* (2005) sur la base de l'interprétation de l'article 13 de la Convention européenne des droits de

l'homme. En 2001, le Commissaire aux droits de l'homme de l'Union européenne avait fait des recommandations à ses États membres en faveur de cette garantie procédurale. Il convient toutefois d'indiquer que cette garantie bien établie en droit régional européen n'est pas consacrée en droit international général. L'Institut de droit international y était opposé dans sa résolution de 1892. La Convention internationale sur la protection des droits de tous les travailleurs migrants et des membres de leur famille de 1990 ouvre seulement la possibilité, pour le travailleur migrant objet d'expulsion, de demander la suspension de la décision; elle ne pose pas la règle du caractère suspensif de la demande. M. Kamto rappelle tout cela, non pour s'opposer à la demande des membres de la Commission à ce sujet, mais pour bien souligner qu'il n'avait pas perdu de vue la question et que si la Commission retient cette règle, ce sera, bien entendu, au titre du développement progressif du droit international. Un membre de la Commission a proposé la codification d'une règle tirée de l'interprétation de l'article 13 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par le Comité des droits de l'homme, interprétation selon laquelle les garanties procédurales prévues par ledit article devraient s'appliquer également en cas de contestation de la décision d'expulsion elle-même par la personne concernée. Le Rapporteur spécial a pris bonne note de cette proposition mais pense que cette idée sera mieux reflétée dans le commentaire du projet d'article A1 ou du projet d'article C1. Il espère que la reformulation du projet d'article A1 a levé l'objection de principe de certains membres et que la Commission voudra bien renvoyer l'ensemble des projets d'article au Comité de rédaction.

25. M. SABOIA préfère de beaucoup le texte initial du projet d'article 8 relatif à l'interdiction de l'extradition déguisée en expulsion, que le Rapporteur spécial a remanié à la lumière des observations faites pendant le débat. L'extradition est en principe une procédure judiciaire contradictoire: si le pouvoir exécutif décide d'expulser une personne vers l'État qui demande son extradition, il commet un acte contraire aux garanties procédurales prévues par cette procédure. Pour ce qui est du projet d'article A1, M. Saboia note avec satisfaction que le Rapporteur spécial a tenu compte des objections faites pendant le débat. Cependant, dans le nouveau projet d'article, qui fait une distinction entre les étrangers illégaux entrés de fraîche date sur le territoire d'un État et ceux qui y séjournent depuis un certain temps, le Rapporteur spécial a prévu que seuls les seconds ont droit à la protection consulaire. M. Saboia est convaincu pour sa part que ce droit devrait être étendu à tous les étrangers en situation irrégulière, non seulement à cause de considérations juridiques, mais aussi parce que c'est pendant le bref laps de temps au cours duquel les autorités décident de procéder à l'expulsion d'un étranger que la protection consulaire est la plus nécessaire pour défendre les droits de l'intéressé.

26. M. NOLTE est favorable au renvoi du nouveau projet d'article A1 au Comité de rédaction. Il tient à préciser qu'il n'avait pas voulu dire que le Rapporteur spécial avait fait délibérément une utilisation sélective des informations concernant un pays, mais que le choix opéré ne donnait qu'une image partielle de la situation. En aucun cas il n'a voulu mettre en doute la bonne foi du Rapporteur spécial.

27. M. HASSOUNA dit qu'à l'évidence aucune des critiques émises par les membres de la Commission n'a un caractère personnel et que ni les compétences ni le dévouement du Rapporteur spécial ne sont en cause. Relevant qu'une partie du débat a eu lieu pendant la première partie de la session, il souhaiterait qu'à l'avenir la Commission prévoie suffisamment de temps pour que le résumé d'un débat puisse avoir lieu immédiatement après celui-ci, tant que les membres ont présentes à l'esprit les propositions et les critiques qui ont été faites.

28. M. VÁZQUEZ-BERMÚDEZ, après avoir remercié le Rapporteur spécial d'avoir rédigé, en un temps très court, un nouveau projet d'article A1 énonçant les garanties procédurales en cas d'expulsion d'un étranger se trouvant irrégulièrement dans l'État expulsant, dit qu'il faudrait, par souci de cohérence, remplacer dans le titre de la version anglaise les mots *illegal aliens* par les mots *aliens unlawfully*. Contrairement à M. Hassouna, il estime préférable que le Rapporteur spécial ait du temps, après le débat, pour réfléchir aux observations, critiques et propositions qui ont été faites et pour les résumer et y répondre.

29. M. CAFLISCH dit qu'il est impossible de résumer un débat immédiatement après qu'il a eu lieu, parce qu'il faut du temps pour digérer les interventions et éventuellement faire des propositions. Idéalement, il faudrait prévoir un délai d'une journée.

30. M. GAJA estime, comme M. Hassouna, qu'il aurait été préférable que la partie du débat qui a eu lieu à la première partie de la session soit résumée dans la foulée et non plusieurs semaines après – étant entendu qu'il s'agit là d'une simple question d'organisation des travaux et non d'une critique adressée au Rapporteur spécial. Tout en notant avec satisfaction que le Rapporteur spécial a rédigé deux nouveaux projets d'article pour tenir compte de certaines préoccupations exprimées par des membres de la Commission, M. Gaja trouve quelque peu étrange d'être saisi d'un texte entièrement nouveau et sans ouvrir de débat de le renvoyer au Comité de rédaction. Le nouveau projet d'article A1 pose un problème majeur, d'ordre pratique: les étrangers en situation irrégulière sont rarement en possession de documents établissant le moment précis où ils sont entrés sur le territoire, de sorte qu'il est très difficile de savoir si une personne se trouve dans un État depuis longtemps ou pas, sauf si elle est contrôlée près de la frontière qu'elle vient juste de franchir. Il serait donc bon que la Commission puisse en débattre sur le fond avant de renvoyer ce texte au Comité de rédaction. En outre, comme M. Saboia, il a des doutes quant à l'opportunité de renvoyer le nouveau projet d'article 8 au Comité de rédaction. Le texte qui est proposé, et que la Commission n'a pas eu l'occasion de commenter, prévoit en substance que l'expulsion se fait conformément au droit international, c'est-à-dire conformément aux règles régissant l'expulsion, alors qu'il devrait rendre compte de la situation particulière des personnes qui font l'objet d'une mesure d'extradition – mais pas, comme dans la version initiale du projet d'article, sous forme d'interdiction. Là aussi, M. Gaja souhaite que la Commission puisse examiner le projet d'article sur le fond avant d'envisager de le renvoyer au Comité de rédaction.

31. M. KAMTO dit qu'il n'a pas pris les critiques qui ont été formulées comme des critiques personnelles, mais méthodologiques. Certaines portent sur le traitement ou pas du sujet par la Commission, ce qui n'a rien de personnel, d'autres, notamment celle ayant trait à la notion de sélectivité, ont pu faire naître un malentendu qui a été dissipé par M. Nolte. Bien sûr, il est toujours possible de susciter des discussions à l'infini sur n'importe quel projet d'article. Pour rédiger la première version du projet d'article 8, le Rapporteur spécial était parti de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme dans les arrêts *Bozano c. France* et *Öcalan c. Turquie*. La Cour est parvenue à des conclusions différentes dans ces deux affaires, motif pris de ce que, dans la seconde, elle avait affaire à une accusation de terrorisme et qu'elle s'est donc placée sur un autre plan. Mais en réalité les faits n'étaient pas très éloignés de ceux de l'affaire *Bozano*, de sorte qu'on avait l'impression que la jurisprudence de la Cour interdisait l'extradition déguisée. Or la Commission a fait valoir au Rapporteur spécial que le sujet n'était pas l'extradition déguisée mais l'expulsion des étrangers et que, si elle restait dans la logique à l'œuvre, elle en viendrait à dire que, même quand les conditions d'expulsion d'une personne faisant l'objet d'une demande d'extradition étaient réunies, on ne pouvait pas l'expulser. Cet argument étant pertinent, le Rapporteur spécial a renversé la logique pour mieux ancrer le sujet dans l'expulsion des étrangers et ne traiter que de l'expulsion en rapport avec une personne qui fait l'objet d'une demande d'extradition.

32. M. DUGARD, sur un point d'ordre, dit qu'à la séance en cours il était prévu que la Commission entende le résumé du débat sur l'expulsion des étrangers et décide si elle souhaitait renvoyer les projets d'article au Comité de rédaction, et non qu'elle rouvre le débat, même si un nouveau projet d'article avait été soumis.

33. Le PRÉSIDENT considère que tous les membres ont pris note des observations faites notamment par MM. Saboia et Gaja et demande si la Commission souhaite renvoyer les projets d'articles A, 9, B1 et C1 figurant dans le sixième rapport du Rapporteur spécial, les projets d'articles B et 8 tels que révisés par le Rapporteur spécial<sup>305</sup>, et le projet d'article A1 tel que révisé par le Rapporteur spécial à la séance en cours (document sans cote, distribué en séance).

34. Sir Michael WOOD demande si, d'un point de vue procédural, il ne conviendrait pas de renvoyer tous les projets d'article qui figurent dans le rapport du Rapporteur spécial au Comité de rédaction, en lui laissant le soin d'examiner les nouveaux projets qui ont été soumis à la séance en cours et dans lesquels le Rapporteur spécial a fait des propositions pour tenir compte des observations faites par les membres de la Commission.

35. M. KAMTO dit qu'il n'est pas favorable à cette façon de procéder. Le projet d'article 8 a été mis à la disposition des membres de la Commission à la première partie de la session et tous ont eu le temps de faire des observations sur le fond.

36. M. GAJA rappelle qu'il n'y a pas eu de débat sur le nouveau projet d'article 8.

37. Le PRÉSIDENT dit que la Commission doit indiquer si elle décide de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'article qui ne soulèvent pas d'objection de fond. C'est pourquoi il propose que la Commission renvoie au Comité de rédaction l'ensemble des projets d'article, à l'exception du projet d'article 8. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que cette proposition est acceptée.

*Il en est ainsi décidé.*

**Les réserves aux traités (suite) [A/CN.4/620 et Add.1, sect. B, A/CN.4/624 et Add.1 et 2, A/CN.4/626 et Add.1, et A/CN.4/L.760 et Add.1 à 3]**

[Point 3 de l'ordre du jour]

QUINZIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL (suite)

38. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à reprendre le débat sur les dernières sections du quinzième rapport du Rapporteur spécial concernant les réserves non valides et les effets des déclarations interprétatives, des approbations, des oppositions, du silence et des requalifications (A/CN.4/624 et Add.1 et 2).

39. M<sup>me</sup> JACOBSSON dit que la question fondamentale est de savoir comment traiter de l'application d'un traité en cas de réserve non valide, tout en rendant dûment compte de la pratique existante des États et de l'absence de règles dans les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Le Rapporteur spécial s'est efforcé de parvenir à un équilibre entre, d'une part, la présomption de l'acceptation d'une objection, ayant pour conséquence automatique un effet «super-maximum» qui «semble vouloir imposer à l'auteur de la réserve le respect du traité sans le bénéfice de la réserve pour la seule raison que cette dernière n'est pas valide» [par. 189 (par. 479)], et, d'autre part, la présomption du consentement. À cette fin, il a supprimé le caractère automatique de la conséquence de la présomption et a conservé le consentement qu'il a associé à l'intention de l'auteur de l'objection, ce qui est une solution à la fois intelligente et élégante. Il a recensé un grand nombre d'exemples récents de la pratique des États – et il en existe bien d'autres, récents ou plus anciens – et a exposé au paragraphe 162 [par. 452] la pratique majoritaire, si répandue qu'elle ne peut être laissée de côté. Certains membres ont proposé que la présomption de l'entrée en vigueur prévue par le projet de directive 4.5.3 soit renversée, mais sans indiquer clairement comment libeller cette disposition, de sorte que M<sup>me</sup> Jacobsson ne voit pas comment elle s'appliquerait dans la pratique: l'intention de l'État réservataire devra-t-elle être établie avant que l'État objectant ne tire ses propres conclusions quant aux effets de la réserve, ou l'État objectant doit-il interroger directement l'État réservataire? Dans les deux cas, le renversement de la présomption imposerait à l'État réservataire l'obligation d'agir, ce qui n'est certainement pas le meilleur moyen de parvenir à stabiliser les relations conventionnelles. Un État peut avoir diverses raisons de faire une réserve considérée comme non valide tout en exprimant son intention d'être lié par un traité, notamment des raisons internes – et, dans ce cas, la dernière

<sup>305</sup> Documents ILC (LXII)EA/CRP.1 et CRP.2, distribution de séance limitée aux membres de la Commission.

chose qu'il souhaite, c'est que les conséquences soient exposées en détail: au contraire, il préférera vivre dans l'incertitude jusqu'à ce qu'une situation concrète se produise. C'est l'intention d'être lié qui motive l'État réservataire. En renversant la présomption, la Commission perturberait ce qui aurait pu être une relation conventionnelle stable et empêcherait un dialogue constructif, outre qu'elle ne tiendrait pas compte de la pratique des États, de la jurisprudence et des décisions rendues par les organes conventionnels. De plus, comme l'a dit le Rapporteur spécial, la présomption de l'entrée en vigueur apporte une sécurité juridique, en particulier à la lumière du projet de directive 2.1.9 (Motivation). Quelle serait, par ailleurs, la relation entre une présomption renversée et la pratique déjà existante des États? En renversant la présomption, la Commission introduirait une nouvelle procédure que les États n'ont, à la connaissance de M<sup>me</sup> Jacobsson, pas utilisée. Aucun des États concernés n'est susceptible de souhaiter que cette pratique soit rendue non acceptable par les projets de directive de la Commission, d'autant que l'expérience montre que les États auxquels s'est appliquée la doctrine de la séparabilité (*severability*) n'ont jamais protesté, ce qui est important, même s'ils ne sont pas tenus de le faire. L'objectif de la Commission étant d'élaborer un Guide de la pratique visant à aider les États dans leurs relations conventionnelles, ces directives doivent refléter la pratique et l'*opinio juris* des États concernés. Or la pratique des États montre que le critère de l'intention et la volonté de l'auteur font partie de l'évaluation. Certes, des juridictions régionales telles que la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour interaméricaine des droits de l'homme ont tenu compte de la nature particulière des instruments à l'application desquels elles sont chargées de veiller. Même si cela est compréhensible et justifié, ce n'est pas un argument décisif susceptible d'infléchir la teneur des projets de directive. En outre, rien ne justifie que l'on traite les instruments relatifs aux droits de l'homme comme des cas particuliers, car d'autres traités, notamment les traités de désarmement et ceux régissant les conflits armés, ont eux aussi un caractère tout à fait particulier.

40. En conclusion, M<sup>me</sup> Jacobsson estime que le fait décisif est bien l'intention de l'État auteur d'une réserve non valide, et souscrit à l'affirmation selon laquelle «[l]e respect de l'ensemble du traité découle ainsi non pas de l'appréciation subjective d'une autre partie contractante, mais de la seule nullité de la réserve et de la volonté de son auteur» [par. 189 (par. 479)]. Elle est donc favorable au renvoi de l'ensemble des projets de directive au Comité de rédaction.

41. M. DUGARD relève, en ce qui concerne la section concernant les réserves non valides, qu'elle commence par une introduction qui présente les problèmes tenant au fait que la Convention de Vienne ne contient aucune disposition sur les effets des réserves non valides. Il estime que le projet de directive 4.5.1 (Nullité d'une réserve non valide) constitue un point de départ évident pour le chapitre IV du Guide de la pratique, de même que le projet de directive 4.5.2 (Absence d'effet juridique d'une réserve non valide). Ces deux projets posent les fondements de la directive 4.5.3, peut-être le projet de directive le plus important, celui qui traite de la question la plus controversée, une question qui divise les juristes depuis qu'en 1994

le Comité des droits de l'homme a publié son observation générale n° 24<sup>306</sup>. Le projet de directive 4.5.3 réalise un compromis magistral entre la thèse de la séparabilité et celle du consentement. La difficulté à cet égard tient au fait que la pratique des États, qui n'est pas cohérente et qui est incertaine, prête à confusion. Elle est incertaine parce que l'on ne connaît pas la position de la plupart des États vis-à-vis des réserves non valides, à l'exception des États européens et latino-américains. En Europe et en Amérique latine, les tribunaux régionaux ont donné un effet «super-maximum» aux objections, mais on ne connaît pas la position des États d'autres régions. Il y a aussi une incertitude quant à la position de la plupart des États réservataires, de même que celle des États qui forment les objections puisqu'ils n'indiquent pas quelles sont les conséquences de ces objections. Il y a aussi des incohérences, car, comme le relève le Rapporteur spécial, des États ont parfois adopté les deux positions opposées, comme le montre l'exemple des Pays-Bas, cités aux paragraphes 148 [par. 438] et 161 [par. 451] du rapport. Ces incertitudes et incohérences ont créé une certaine confusion, et le Rapporteur spécial cite l'opinion dissidente du juge Hersch Lauterpacht dans l'affaire de l'*Interhandel*. Cette opinion a influencé nombre de publicistes, mais il ne faut pas oublier qu'elle concernait non les réserves aux traités, mais les réserves à la clause facultative de juridiction obligatoire de la Cour internationale de Justice, qui, bien qu'elle soit par certains aspects comparable à un traité, n'est pas un traité.

42. Le Rapporteur spécial a réussi à trouver un compromis entre la séparabilité et le consentement à partir d'une pratique incohérente et incertaine, à laquelle il accorde d'ailleurs probablement plus de crédit qu'elle n'en mérite, mais il a aussi tenu compte des principes applicables et de la jurisprudence. C'est pourquoi la solution qu'il a retenue, une présomption réfragable, est la bonne: elle permet aux États qui ne veulent vraiment pas demeurer parties au traité sans leurs réserves de s'en retirer, et énonce un certain nombre de facteurs raisonnables dont il faut tenir compte s'agissant de cette présomption. Pour M. Dugard, cette présomption doit demeurer, et ne pas être inversée. Il rappelle que, lorsque le débat sur la question a commencé en 1997<sup>307</sup>, il était un fervent partisan de la séparabilité, mais il estime désormais que l'approche adoptée par le Rapporteur spécial est judicieuse. Ce dernier ayant pris le temps, pour parvenir à cette conclusion, de consulter les organes chargés de surveiller l'application des traités multilatéraux et ayant tenu compte de la position des États, la solution qu'il a retenue est conforme à l'avis consultatif rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, en ce qu'elle incite le plus grand nombre d'États possible à demeurer parties aux traités multilatéraux. Elle est aussi conforme à l'esprit de la Convention de Vienne de 1969, et M. Dugard souscrit donc pleinement au projet de directive 4.5.3. Il approuve également les projets de directives 3.3.3 (Effet de l'acceptation unilatérale d'une réserve non valide) et 3.4.1 (Validité substantielle d'une acceptation d'une réserve). En ce qui concerne le projet

<sup>306</sup> Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 40 (A/50/40), vol. I, annexe V, p. 122.

<sup>307</sup> Annuaire... 1997, vol. II (2<sup>e</sup> partie), chap. V, p. 46 à 48, par. 65 à 74.



de directive 3.3.4 (Effet de l'acceptation collective d'une réserve non valide), il n'est guère étayé par la pratique des États et, bien que le Rapporteur spécial évoque le débat sur la réserve de neutralité suisse qui a eu lieu à la Société des Nations, il s'agit d'un précédent ancien, qui date d'une époque où les réserves aux traités n'étaient pas acceptées. M. Dugard dit qu'il n'en approuve pas moins ce projet de directive 3.3.4. Il approuve également le projet de directive 4.5.4 (Réactions à une réserve non valide), en ce qu'il donne effet à la décision rendue par la Cour internationale de Justice dans l'affaire des *Activités armées sur le territoire du Congo (République démocratique du Congo c. Ouganda)* et à la décision de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire *Loizidou*. Enfin, s'agissant du projet de directive 4.6 (Absence d'effet d'une réserve dans les relations entre les autres États contractants et organisations contractantes autres que son auteur), M. Dugard indique qu'il préfère la première variante proposée par le Rapporteur spécial, même s'il est prêt à accepter la seconde si nécessaire.

43. Pour ce qui regarde la dernière section concernant les effets des déclarations interprétatives, des approbations, des oppositions, du silence et des requalifications, il énonce des directives intéressantes qui concernent non seulement les réserves aux traités mais aussi l'interprétation des traités. M. Dugard approuve les projets de directives 4.7 (Effets d'une déclaration interprétative) et 4.7.4 (Effets d'une déclaration interprétative conditionnelle) mais est quelque peu réservé en ce qui concerne le projet de directive 4.7.2 (Valeur d'une déclaration interprétative à l'égard de son auteur), estimant avec Bowett<sup>308</sup>, cité au paragraphe 256 [par. 546], que les États ne devraient pas être liés par une déclaration interprétative car il s'agit d'une question de droit et non de fait, et on peut se demander s'il n'en va pas de même d'une présomption en faveur de l'État faisant une telle déclaration. Malheureusement, le projet de directive 4.7.2 est libellé d'une manière assez catégorique, qui ne semble guère autoriser d'exception.

44. M. Dugard approuve le projet de directive 4.7.1 (Clarification des termes du traité par une déclaration interprétative), qui ne fait que donner effet à la règle générale d'interprétation des traités qui veut qu'il soit tenu compte de tous les éléments pertinents. Enfin, il approuve le projet de directive 4.7.3 (Effets d'une déclaration interprétative approuvée par tous les États contractants et organisations contractantes) et pense que tous les projets de directive figurant dans les deux dernières sections à l'examen devraient être renvoyés au Comité de rédaction.

45. M. FOMBA, se référant à la section concernant les réserves non valides, dit qu'il souscrit aux observations faites aux paragraphes 110 à 112 [par. 400 à 402], à savoir que les Conventions de Vienne ne contiennent pas de règles claires et précises concernant les effets d'une réserve non valide, que la Convention de Vienne de 1969 n'a pas figé le droit, et que cet état de fait a pour conséquence, au plan méthodologique, qu'il ne s'agit pas pour la Commission de légiférer et d'édicter des règles *ex nihilo*, et que les approches et solutions développées

par la pratique des États, la jurisprudence internationale et la doctrine peuvent orienter ses travaux. M. Fomba indique que, lors des débats qui ont eu lieu en 2006 sur la question<sup>309</sup>, il était de ceux qui avaient reconnu que le principe de la nullité d'une réserve non valide était bien fondé, convaincant et utile, et il conserve cette position de principe.

46. Le projet de directive 3.3.3 ne soulève aucune difficulté, et la précision donnée au paragraphe 199 [par. 489] en ce qui concerne son objet et son titre est utile. Pour ce qui est du projet de directive 3.3.4, M. Fomba souscrit à l'argument de base avancé au paragraphe 204 [par. 494]. Le libellé est acceptable, et le deuxième paragraphe important et utile dans le cadre du dialogue réservataire dont le Rapporteur spécial a dit qu'il ferait l'objet d'un prochain rapport. Ce projet de directive devrait logiquement figurer dans la troisième partie du Guide, consacrée à la validité des réserves.

47. S'agissant du projet de directive 4.5.1, M. Fomba en approuve l'argumentation sous-jacente, qui est conforme à la position qu'il avait adoptée en 2006. Son libellé n'appelle aucun commentaire particulier. Pour ce qui est du projet de directive 4.5.2, la distinction faite au paragraphe 130 [par. 420] entre la nullité et les effets de celle-ci, qui peut paraître quelque peu difficile à comprendre d'un point de vue théorique, se révèle cependant, à l'analyse, pertinente et utile. Ce projet de directive 4.5.2 trouve un fondement suffisant dans la pratique, et son libellé ne pose aucun problème. Dans la mesure où il constitue la suite logique du projet de directive 4.5.1, on pourrait, pour la cohérence, en faire le paragraphe 2 de celui-ci.

48. M. Fomba approuve le Rapporteur spécial lorsque celui-ci affirme, au paragraphe 165 [par. 455] du rapport, que le principe du consensualisme constitue la clef de la solution du problème. Au paragraphe 171 [par. 461], la distinction entre les conséquences «normales» et les conséquences «anormales» d'une réserve non valide est pour le moins curieuse et difficile d'application. M. Fomba partage les doutes exprimés par le Rapporteur spécial au paragraphe 176 [par. 466] quant au sens de la présomption dans la mesure où, effectivement, d'un point de vue intellectuel du moins, elle peut vouloir dire une chose ou son contraire, à savoir l'intention que le traité entre en vigueur et celle que le traité n'entre pas en vigueur. L'argument, exprimé au paragraphe 181 [par. 471], selon lequel la présomption positive pourrait constituer un gage pour la sécurité juridique, mérite de retenir l'attention.

49. Pour ce qui est de la recommandation faite par le Rapporteur spécial au paragraphe 182 [par. 472] de se rallier à l'idée d'une présomption relative et réfragable, M. Fomba y souscrit dans la mesure où il estime que la solution de la présomption positive va dans le sens du respect du principe du consensualisme et de la sécurité juridique. Quant aux critères de l'intention, il approuve la conclusion tirée au paragraphe 188 [par. 478]. À cet égard, la clarification faite au paragraphe suivant entre la présomption et l'objection à effet «super-maximum» est intéressante et utile.

<sup>308</sup> D. W. Bowett, «Estoppel before international tribunals and its relation to acquiescence», *The British Year Book of International Law*, 1957, vol. 33, p. 176 à 202.

<sup>309</sup> *Annuaire... 2006*, vol. I, 2890<sup>e</sup> séance, p. 146, par. 10.

50. S'agissant du projet de directive 4.5.3, M. Fomba en approuve l'insertion pour les raisons exposées par le Rapporteur spécial. Quant à son titre, on pourrait certes retenir la première variante entre crochets, mais, dans la mesure où la section 4.5 est intitulée «Effets d'une réserve non valide», il est tentant, par souci d'harmonisation, de retenir la deuxième variante entre crochets, étant entendu qu'en tout état de cause, le premier paragraphe parle bien d'application du traité. À première vue, ce premier paragraphe ne soulève pas de difficulté; quant au paragraphe 2, la liste des critères est acceptable dans la mesure où elle définit les éléments essentiels les plus pertinents, son caractère non exhaustif étant clairement établi par l'emploi de l'expression «notamment mais non exclusivement». Quant à la question de la date d'entrée en vigueur du traité, l'argument avancé au paragraphe 192 [par. 482] paraît pertinent et convaincant.

51. En ce qui concerne les réactions à une réserve non valide, l'analyse, au paragraphe 193 [par. 483], du lien dialectique ou de cause à effet entre la non-validité, la nullité et l'absence d'effet sur le traité semble pertinente.

52. Pour ce qui est du projet de directive 4.5.4, M. Fomba souscrit à l'opinion exprimée au paragraphe 223 [par. 513]. Le paragraphe 1 de la directive est acceptable, tout comme le paragraphe 2, mais on peut se demander s'il ne serait pas opportun de mentionner le dialogue réservataire à la fin de ce paragraphe: il propose donc de le conclure par les mots «afin de favoriser le dialogue réservataire».

53. Pour ce qui est du projet de directive 4.6, qui reprend purement et simplement le texte du paragraphe 2 de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, il conviendrait, pour rester dans la logique du principe du consensualisme et dire plus complètement et clairement les choses, de prévoir une exception aux principes posés dans cette disposition commune aux Conventions de Vienne en retenant la deuxième variante, auquel cas on supprimerait les crochets qui y figurent.

54. En ce qui concerne la dernière section du rapport, le postulat selon lequel l'effet d'une déclaration interprétative se produit éventuellement dans le cadre du processus de l'interprétation est exact, mais il semble y avoir une certaine contradiction entre le commentaire précédant l'opinion du professeur McRae<sup>310</sup>, citée au paragraphe 247 [par. 537], et cette opinion elle-même. Par ailleurs, on peut s'étonner que les projets de directive ne soient pas présentés dans un ordre logique ou chronologique.

55. S'agissant du projet de directive 4.7, son libellé est acceptable et ne pose aucun problème particulier.

56. S'agissant du projet de directive 4.7.1, la logique qui le sous-tend paraît claire et pertinente, son libellé est acceptable et sa structure équilibrée, et la définition des critères de la force probante figurant dans son paragraphe 2 est très utile.

57. Pour ce qui est du projet de directive 4.7.2, la question de fond qui le sous-tend est de savoir comment concilier le principe du consensualisme et celui de la stabilité et de la sécurité juridiques, d'une part, et quelles limites sont posées au principe du consensualisme, d'autre part. À première vue, on peut penser que ce projet de directive est acceptable, dans la mesure où il semble fondé sur une application équilibrée du principe de la bonne foi. Néanmoins, à la lumière du débat, il est apparu qu'il soulève des problèmes: ainsi, Sir Michael a émis de sérieuses réserves, estimant que l'analyse figurant aux paragraphes 255 à 258 [par. 545 à 548] n'est pas convaincante, tandis que M. McRae lui reproche de ne pas être suffisamment nuancée et d'aboutir à des résultats pervers. Si l'on regarde les choses de près, il semble que la portée du projet de directive 4.7.2 n'est pas en harmonie avec celle des projets de directives 2.4.9 et 2.5.12 relatifs à la modification et au retrait d'une déclaration interprétative, respectivement.

58. Quant aux projets de directives 4.7.3 et 4.7.4, ils sont tous deux acceptables, ce dernier dans la mesure où il répond, en proposant une conclusion claire, à une question laissée au suspens pendant longtemps.

59. En conclusion, M. Fomba dit qu'il est d'accord pour renvoyer au Comité de rédaction tous les projets de directive figurant dans les sections du quinzième rapport concernant les réserves non valides et les effets des déclarations interprétatives, des approbations, des oppositions, du silence et des requalifications. S'agissant du projet de directive 4.7.2, Sir Michael propose de le supprimer, une solution qui semble par trop radicale, alors que pour M. McRae il conviendrait de le modifier, et la proposition concrète qu'il a faite à cette fin mérite d'être examinée. Quant au Rapporteur spécial, s'il juge que les critiques sont fondées, il n'est pas favorable à la suppression du projet de directive; la solution consisterait, selon lui, à le modifier pour en limiter ou en nuancer la portée, le cas échéant. Pour M. Fomba, cette proposition semble raisonnable et acceptable.

60. M. NOLTE indique que son intervention sera axée sur la question la plus importante, celle de savoir s'il doit y avoir une présomption positive ou négative en ce qui concerne la séparabilité d'une réserve non valide du consentement de l'État réservataire à être lié par le traité. S'il souscrit à la plupart des résultats des recherches effectuées et des analyses menées par le Rapporteur spécial, il n'est pas pleinement convaincu par la solution à laquelle celui-ci aboutit, à savoir une présomption positive. L'une des raisons des doutes qu'il entretient a été exposée par M. Gaja et Sir Michael et tient à l'absence d'institutions objectives, pour la plupart des traités, aptes à déterminer si une réserve est effectivement contraire à l'objet et au but du traité et donc, de ce fait, non valide.

61. M. Nolte se demande si le raisonnement des organes chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme peut être étendu au droit général des traités. Après tout, c'est essentiellement en raison du caractère particulier des traités relatifs aux droits de l'homme que les organes chargés d'en surveiller l'application sont parvenus à la conclusion que les réserves non valides sont nulles et séparables. Ces traités ont la double

<sup>310</sup> D. M. McRae, «The legal effect of interpretative declarations», *The British Year Book of International Law*, 1978, vol. 49, p. 155 à 173.

caractéristique d'être dotés le plus souvent d'un organe conventionnel capable dans une certaine mesure de rendre une décision objective, d'une part, et de constituer un ordre de valeurs objectif ou une communauté d'un type particulier, de l'autre. Ces deux caractéristiques militent effectivement en faveur d'une présomption selon laquelle un État qui consent à être lié par eux ne souhaite pas subordonner ce consentement à la validité de ses réserves.

62. Mais la plupart des autres traités n'ont pas cette double caractéristique des traités relatifs aux droits de l'homme, qui définit leur nature. C'est pourquoi, pour M. Nolte, la nature du traité devrait figurer, comme le propose le Rapporteur spécial au paragraphe 191 [par. 481] de son rapport, dans toute liste de facteurs déterminant si un traité fait l'objet d'une présomption négative ou positive. Viser seulement «l'objet et le but» du traité ne suffit pas. Un traité peut, après tout, avoir différents objets et buts. Et si l'existence d'une institution chargée de juger indépendamment n'est pas toujours identifiée comme un élément essentiel de l'objet et du but d'un traité, il est évident qu'une telle institution est un élément essentiel qui détermine la nature du traité. M. Nolte propose donc de faire figurer «la nature du traité» dans toute liste utilisée pour déterminer si la présomption de séparabilité est négative ou positive. Cela permettrait d'élargir prudemment la présomption positive, aujourd'hui reconnue pour les traités des droits de l'homme, à d'autres traités de nature similaire, c'est-à-dire aux traités qui protègent d'autres biens communs ou valeurs communes et en relation avec lesquels la validité d'une réserve, en particulier sa compatibilité avec l'objet et le but du traité, peut être déterminée objectivement. Ainsi, viser la nature du traité aurait l'avantage de ne pas instituer de présomption – positive ou négative – trop forte et de laisser ouverte la possibilité d'un développement différencié de la pratique.

63. Une autre considération importante qui explique pourquoi M. Nolte hésite à accepter une large présomption positive est que celle-ci aurait un effet rétroactif inapproprié. Sir Michael a déjà évoqué ce problème. Une présomption positive ne se limitant pas aux traités relatifs aux droits de l'homme constituerait une nouvelle règle du droit international, un développement progressif de ce droit. Mais une telle règle ne devrait pas nécessairement être appliquée rétroactivement aux États réservataires qui ne pouvaient raisonnablement s'attendre à ce qu'elle s'applique à eux. De fait, le Rapporteur spécial démontre dans son rapport que les organes chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme ont méticuleusement expliqué, par exemple dans les affaires *Belilos* et *Loizidou*, pourquoi les États réservataires couraient le risque que leurs réserves soient considérées comme séparables de leur consentement à être liés par le traité. Ainsi, si la Commission acceptait qu'il existe une présomption positive pour d'autres traités que les traités relatifs aux droits de l'homme, il conviendrait d'indiquer clairement que cette présomption ne s'applique pas rétroactivement.

64. Une autre raison qui fait douter de l'opportunité d'une présomption positive tient aux conséquences qui seront vraisemblablement celles d'une telle règle dans la réalité des relations internationales. Par exemple, si l'on suppose que la présomption positive que propose le Rapporteur spécial aujourd'hui avait été adoptée par la

Commission en 1990, il est vraisemblable que la question aurait été soulevée durant la procédure de ratification du Pacte international relatif aux droits civils et politiques aux États-Unis d'Amérique, qui s'est achevée en 1992. Des membres du Congrès ont insisté pour que les États-Unis indiquent clairement que leurs réserves étaient des conditions de leur consentement à être liés par le traité. Il est vraisemblable que, face à une telle déclaration, d'autres États auraient hésité à formuler, comme ils l'ont fait, des objections à la validité de certaines réserves des États-Unis. Ainsi, dans un tel cas, une présomption positive aurait eu un effet opposé à celui auquel on pouvait s'attendre, c'est-à-dire qu'elle aurait entraîné une limitation du dialogue réservataire et une multiplication des réserves de validité douteuse ne faisant l'objet d'aucune objection, les autres États souhaitant voir les États-Unis liés par le traité relatif aux droits de l'homme en question. Dans une telle situation, un organe conventionnel aura moins d'*opinio juris* sur laquelle faire fond pour éventuellement conclure que la réserve n'est pas valide. On peut se demander si de tels organes ont toujours assez d'autorité pour déclarer une réserve non valide s'ils n'ont pas l'appui d'autres États. Il est de toute façon probable qu'ils hésiteront à déclarer qu'une réserve n'est pas valide si l'État réservataire a indiqué clairement que son consentement à être lié par le traité était subordonné à cette réserve.

65. D'autre part, une présomption positive aura probablement l'effet opposé dans les États dont le parlement est moins déterminé que celui des États-Unis et qui sont davantage enclins, pour diverses raisons, à adhérer à certains traités. De tels États hésiteront à subordonner expressément leur consentement à leurs réserves. L'existence d'une présomption positive incitera d'autres États à formuler des objections jetant un doute supplémentaire sur la validité des réserves en question. Pour M. Nolte, une présomption positive risque d'avoir l'effet incontestablement non désiré de privilégier les États puissants et de placer une pression supplémentaire sur les États qui le sont moins. Une présomption positive poserait aussi un problème aux décideurs indépendants et aux tiers, celui de savoir comment appliquer les mêmes normes à des réserves similaires dont certaines sont expressément considérées comme des conditions du consentement à être lié tandis que d'autres ne le sont pas. Une présomption négative a l'avantage de ne pas obliger à répondre immédiatement à cette question et à laisser subsister une situation quelque peu ambiguë pour donner au dialogue réservataire le temps nécessaire pour régler les divergences sans confrontation immédiate.

66. M. Nolte n'ignore pas que ces arguments ne sont pas purement doctrinaux. Mais, comme la Commission se demande si elle doit développer progressivement le droit, ou au moins l'éclaircir progressivement, elle devrait aussi envisager les conséquences d'une règle qui semble séduisante aux juristes, enclins à favoriser la sécurité juridique, et aux publicistes, enclins à développer progressivement le droit international pour passer des appréciations subjectives et individuelles des États aux décisions objectives de tiers, décideurs indépendants. Bien que possédant lui-même ces deux inclinations, M. Nolte estime qu'il ne faut pas surcharger le consentement des États à être liés par un traité de considérations «objectives». S'il partage l'intention déclarée du Rapporteur spécial de trouver une voie médiane entre les deux approches, il estime qu'une

véritable voie médiane consisterait à viser essentiellement «la nature du traité» et à laisser ouverte la possibilité d'un développement futur.

67. Par ailleurs, M. Nolte pense avec M. Gaja et Sir Michael que le projet de directive 4.7.2 va trop loin dans la formalisation de l'effet obligatoire d'une déclaration interprétative. Ce projet de directive s'accorde mal, pour lui, avec les effets limités par rapport à ceux des réserves que le Rapporteur spécial attribue aux déclarations interprétatives.

68. M. CANDIOTI dit que la Commission n'a pas à se poser la question de la rétroactivité de la règle énoncée dans le projet de directive 4.5.3. Dans le cadre de ses travaux sur les réserves aux traités, elle ne codifie pas les règles du droit international ni ne fait de développement progressif. Elle énonce des directives, autrement dit des règles non contraignantes (*soft law*). Il ne faut pas perdre de vue que son objectif est d'établir un Guide de la pratique.

69. M. MELESCANU dit qu'avec le quinzième rapport sur les réserves aux traités la Commission est au cœur du sujet. Ses précédents travaux étaient plutôt consacrés au développement, à la clarification et à l'établissement de directives s'inspirant des règles plus ou moins explicites des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986. Celles-ci étant muettes sur les questions à l'examen, il s'agit à présent d'établir des règles, ou plutôt des directives, comme l'a rappelé M. Candiotti.

70. Pour ce qui est des effets de la nullité de la réserve sur le consentement de son auteur à être lié par le traité, deux possibilités s'offraient au Rapporteur spécial. Celle de la séparabilité de la réserve non valide et du consentement à être lié par le traité, et l'idée que lorsque les réserves sont jugées incompatibles avec l'objet et le but du traité, le consentement de l'État auteur de la réserve n'est pas valable et cet État n'est pas partie à l'instrument international. Sur ces questions, le rapport présente une quantité impressionnante d'éléments tirés de la pratique internationale: des déclarations d'États, des dispositions conventionnelles, des décisions d'instances internationales et des opinions de spécialistes, qui sont autant d'arguments en faveur de l'une ou l'autre de ces deux options. Sans privilégier l'une ou l'autre, le Rapporteur spécial propose une démarche pragmatique en établissant une présomption relative et réfragable selon laquelle, en l'absence d'intention contraire de l'intéressé, le traité s'applique à l'État ou à l'organisation internationale auteur de la réserve non valide, nonobstant cette réserve. À cet égard, le double compromis proposé par M. Nolte ne semble pas convenir à un Guide de la pratique, qui doit être pragmatique et fonctionnel. Il vaut mieux retenir la solution procédurale astucieuse proposée par le Rapporteur spécial. Le projet de directive 4.5.3 peut être renvoyé au Comité de rédaction et finalisé sur la base du texte proposé au paragraphe 191 [par. 481] du rapport.

71. Passant au projet de directive 4.7.2, M. Melescanu convient tout à fait qu'une déclaration interprétative est une déclaration unilatérale exprimant la volonté de son auteur d'accepter une certaine interprétation du traité ou de ses dispositions. Conformément au principe de la bonne foi, l'attente que le dépositaire a créée chez ses cocontractants doit être respectée. En même temps, rien

n'empêche un État souverain de changer de position, pourvu qu'il le fasse en suivant les règles énoncées dans le Guide. Compte tenu de ce qui précède, l'on pourrait ajouter, à la fin du projet de directive 4.7.2, le membre de phrase «qu'après l'avoir officiellement retirée ou modifiée en conformité avec les directives 2.4.9 (Modification d'une déclaration interprétative) et 2.5.12 (Retrait d'une déclaration interprétative)» après le mot «déclaration». Enfin, M. Melescanu convient de la nécessité du projet de directive 4.7.1 et note que cette directive est plus nécessaire encore depuis l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Délimitation maritime en mer Noire (Roumanie c. Ukraine)*, qui ne peut pas s'inscrire dans la logique des travaux de la Commission sur les directives relatives aux réserves. Une déclaration interprétative doit être appréciée en tenant dûment compte des approbations et oppositions dont elle a fait l'objet de la part des autres parties contractantes. C'est pourquoi il est tout à fait scandaleux d'affirmer, comme l'a fait la Cour dans cette affaire, que la déclaration interprétative n'a aucune incidence sur son interprétation. Cela revient à priver les déclarations interprétatives de toute utilité. M. Melescanu appuie le renvoi au Comité de rédaction des projets de directive figurant dans les sections du rapport concernant les réserves non valides et les effets des déclarations interprétatives, des approbations, des oppositions, du silence et des requalifications.

72. M. KAMTO félicite le Rapporteur spécial pour l'excellente qualité des dernières sections de son quinzième rapport sur les réserves aux traités, qui ne soulèvent aucune difficulté particulière. Il s'en tiendra donc à quelques brèves observations, axées principalement sur le projet de directive 4.5.3 et, accessoirement, sur le projet de directive 3.3.4. Le projet de directive 4.5.3 pose une règle particulièrement importante au regard de ses conséquences juridiques. Si ce projet de texte ne soulève pas d'objection scientifique, M. Kamto partage toutefois les arguments opposés aux conclusions tirées de la thèse de la séparabilité. En matière de traités, c'est l'expression du consentement à être lié qui fonde l'engagement de l'État ou de l'obligation qui peut peser sur lui. Or le libellé de la directive 4.5.3 laisse clairement apparaître que l'appréciation de la validité de la réserve, et par conséquent de sa nullité, dépend des autres États parties ou, le cas échéant, d'un tiers compétent. De cette appréciation, les autres États peuvent inférer que l'intention contraire de l'État réservataire n'étant pas établie, le traité lui est applicable en totalité, malgré sa réserve, ce qui est source d'affrontement.

73. Or, même si la réserve n'est pas valide, on ne saurait ignorer qu'au moment où elle est formulée par l'État réservataire celui-ci la tient pour valide et qu'en tout état de cause cette réserve est la condition de son consentement à être lié par le traité. On ne peut ici faire prévaloir le risque d'instabilité du traité sur ce qui constitue la pierre angulaire, la condition même de l'existence du traité, à savoir le consentement de l'État à être lié. Il y a certes le garde-fou de l'intention contraire, mais qui mieux que l'auteur peut déterminer son intention dans un contexte donné? On pourrait renforcer ce garde-fou en disant à la fin du projet de directive 4.5.3: «[...] sauf si l'intention contraire est affirmée par l'État auteur de la réserve ou établie par une instance compétente». Cela permettrait d'écarter une auto-appréciation, et une instance tierce interviendrait en cas

de contestation. Mais on peut aussi concevoir, pour rester dans la logique du fondement du droit des traités, donc de l'expression du consentement à être lié plutôt que de l'auto-appréciation, qu'un autre État partie au traité demande à l'État réservataire si telle est bien son intention, ou si celui-ci ne souhaite pas répondre, ou encore en cas de contestation, qu'un tiers impartial soit saisi.

74. En ce qui concerne la directive 3.3.4, M. Kamto note que, s'il est question d'acceptation dans le titre, le contenu de la directive évoque davantage la formulation d'une réserve. Pour aligner la teneur de la directive sur son intitulé, on pourrait modifier le projet de directive comme suit:

«Une réserve interdite expressément ou implicitement par le traité, ou incompatible avec son objet, et son but, formulée par un État ou une organisation internationale, est réputée valide si aucun des États contractants ou organisations contractantes n'y fait objection après consultation expresse par le dépositaire.»

75. M. HMOUD dit que les deux dernières sections du quinzième rapport sur les réserves aux traités sont le fruit d'un travail de recherche approfondi. Ils donnent un aperçu détaillé de l'histoire des Conventions de Vienne et de la doctrine relative aux effets des réserves non valides et à ceux des déclarations interprétatives, offrant des directives cohérentes, tant d'un point de vue pratique que d'un point de vue théorique. Lorsque la Commission aura achevé l'examen de ces deux questions, son Guide de la pratique sera quasiment terminé. Il sera utile aux gouvernements, aux organisations internationales, aux juristes et à tous ceux qui élaborent des traités ou les appliquent. Il apportera des précisions sur le régime des réserves aux traités et aidera à en dissiper le flou.

76. Il ressort clairement des travaux préparatoires des Conventions de Vienne (du moins en creux) que ni la Commission ni leurs rédacteurs n'ont réussi à trancher la question des effets juridiques des réserves non valides. Cela n'est guère surprenant si l'on considère que ce sont les parties contractantes qui ont toujours déterminé – et qui continuent de déterminer – la nature de leurs relations conventionnelles, et non un organe de règlement des différends compétent pour apprécier la validité d'une réserve. Ce sont les parties elles-mêmes qui décident de la manière de traiter la réserve non valide dans le cadre de leurs relations conventionnelles, notamment de l'effet d'une telle réserve sur le consentement de l'État réservataire à être lié par le traité. Le silence des Conventions de Vienne sur ce point a donné lieu à des pratiques divergentes selon les États et les organisations internationales – notamment les dépositaires –, qui ont eu d'importantes conséquences dans la pratique. Se sont ainsi développées des objections à effet «super-maximum», utilisées par les parties contractantes pour réagir aux réserves non valides – y compris lorsque la réserve ne vise en réalité ni l'objet ni le but du traité, ou que l'État objectant décide de déterminer par lui-même ce qu'il faut entendre par «l'objet et le but du traité».

77. Les organes conventionnels sont entièrement tributaires de la notion de réserve non valide dès lors que l'État réservataire n'a d'autre choix que de consentir à être lié par le traité sans avoir le bénéfice de sa réserve et que les

Conventions de Vienne limitent étroitement la possibilité de se retirer d'un traité. Le principe du consentement est essentiel dans les relations conventionnelles: le fait qu'une réserve n'est autorisée que si l'État réservataire consent à être lié par le traité montre clairement que la réserve fait partie intégrante de la notification par cet État de son consentement à être lié par le traité. C'est une condition de l'acceptation de l'État réservataire d'être lié par le traité. D'un côté, l'État ne devrait pas être lié par le traité s'il ne peut se prévaloir de sa réserve. De l'autre, dans l'intérêt de la stabilité des relations conventionnelles, en cas de réserve non valide, il ne faudrait pas qu'il soit encouragé à se retirer du traité. Résoudre ce dilemme n'est pas chose facile; le fait d'établir une présomption de consentement de l'État réservataire à être lié par le traité sans le bénéfice de sa réserve non valide n'y suffit pas.

78. La question appelle avant tout une réponse stratégique. Le Rapporteur spécial propose, à l'appui d'arguments concrets, de partir d'une présomption réfragable d'un consentement de l'État à être lié sans le bénéfice de sa réserve. Mais cette solution – quoique relativement équilibrée – ne reflète que la position de certains États et organes conventionnels. La pratique d'autres États et dépositaires de même que certaines décisions de justice considèrent au contraire que la non-validité ou l'invalidation de la réserve vicie le consentement de l'État à être lié par le traité. Déterminer l'intention commune des rédacteurs pour interpréter un traité est une chose, interpréter l'intention présumée d'une seule partie contractante en est une autre. La détermination du consentement de l'État à être lié, avec ou sans le bénéfice de la réserve, devrait être laissée à l'État réservataire lui-même, et non à un organe à qui il n'a pas confié le soin d'interpréter sa volonté – encore moins aux autres parties contractantes.

79. Les difficultés inhérentes à l'interprétation de l'intention supposée d'un État favorisent le recours à des éléments indépendants de sa volonté comme la nature du traité, son objet ou son but, c'est-à-dire les éléments pris en considération dans le projet de directive 4.5.3 pour déterminer l'intention de l'État réservataire d'être lié ou non par un traité sans le bénéfice de sa réserve. Ces éléments sont tirés de déclarations de certains organes conventionnels qui semblent s'appuyer davantage sur la nature du traité que sur l'intention de l'auteur de la réserve. Selon la présomption retenue par le Rapporteur spécial, l'État réservataire est réputé avoir consenti à être lié par le traité sauf s'il prouve le contraire, ce qui le place dans une situation intenable si sa réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité. Quoi qu'en pense le Rapporteur spécial, la présomption du consentement de l'État auteur d'une réserve non valide à être lié par le traité encourage en réalité la pratique des objections avec effets «super-maximum» car on ne voit pas pourquoi les États et organes qui recourent à cette pratique y renonceraient?

80. L'on pourrait éviter cet écueil en écartant toute présomption, positive ou négative, et en déterminant l'intention de l'État réservataire à partir d'un ensemble de facteurs, dont la plupart sont énumérés dans le projet de directive 4.5.3. Il est à souligner que, dans cette optique, la question de l'intention de l'État réservataire ne se poserait qu'en cas de différend quant à la validité d'une réserve, et à la condition qu'il existe un organe chargé d'interpréter

la volonté de cet État. C'est à ce moment-là seulement que l'organe concerné interpréterait l'intention de l'État réservataire, sans partir d'une quelconque présomption mais en s'appuyant sur des éléments pertinents tels que les actes de cet État en relation avec sa réserve, ses déclarations, ses réactions – ou son absence de réaction – à des objections à effet «super-maximum», ou en examinant sa pratique concernant des réserves analogues émises à l'égard d'autres traités. Si l'organe n'est pas compétent pour interpréter la volonté, il ne peut se prononcer que sur la validité de la réserve, et non sur le consentement à être lié sans le bénéfice de la réserve. En pareil cas, la Commission peut proposer, au titre du développement progressif, qu'un État dont la réserve est déclarée non valide par un organe compétent est tenu de faire clairement savoir, dans un certain délai, s'il a l'intention d'être lié par le traité avec ou sans le bénéfice de sa réserve. Sa position clarifiée, les autres parties contractantes pourraient alors ajuster leurs relations conventionnelles avec cet État, en conséquence.

81. La présomption énoncée au projet de directive 4.5.3 n'ajoute pas grand-chose à la stabilité des relations conventionnelles puisque l'État réservataire peut toujours établir qu'il était engagé à être lié par le traité sans le bénéfice de sa réserve. Et dans ce cas les relations conventionnelles entre cet État et les autres parties contractantes, depuis le moment où il est devenu partie jusqu'à ce qu'il soit déclaré que son consentement à être lié par le traité n'existait pas, resteront frappées de nullité, avec toutes les conséquences indésirables que cela entraîne. Du point de vue de la stabilité des relations conventionnelles, il n'y aura pas beaucoup de différence entre écarter la présomption susmentionnée et déterminer la volonté de l'État réservataire en s'appuyant sur un ensemble de facteurs s'il est déterminé que le consentement à être lié par le traité avait pour condition le bénéfice d'une réserve non valide. Mais cette option présente l'avantage de préserver le principe du consentement dans les relations conventionnelles. Elle ne privilégie ni la défense du principe de la séparabilité d'une réserve non valide du consentement de l'État réservataire à être lié par le traité, ni la thèse selon laquelle la réserve non valide est un élément du consentement. Si l'un des objectifs de la présomption positive est d'encourager l'État réservataire à indiquer clairement sa position sur la question de son consentement à être lié par le traité dès lors que sa réserve a fait l'objet d'une objection ou a été considérée comme non valide, cet objectif peut être atteint sans cette présomption, en utilisant le critère de l'intention, qui tient compte de la pratique ultérieure de l'État en cause, de ses réactions aux objections et de ses déclarations. L'approche proposée favorise en outre le dialogue réservataire dans la mesure où l'État réservataire aura intérêt à faire connaître sa position sur son consentement ou non à être lié par le traité, avec ou sans le bénéfice de sa réserve. Elle permet, au lieu de retenir dans tous les cas une seule solution hypothétique, jusqu'à preuve du contraire, comme c'est le cas avec la présomption positive, de discriminer des situations différentes au regard des réserves dès le début du processus.

82. Quoi qu'il en soit, si la Commission retient la présomption positive, elle devrait envisager d'accorder également à l'État dont la réserve est déclarée non valide par un organe conventionnel la possibilité de se retirer du traité. Certes, l'article 56 des Conventions de

Vienne limite cette possibilité. Mais, comme on l'a vu, les Conventions de Vienne ne disent rien des effets des réserves non valides. Ce droit serait donc accordé dans un cas qui n'est pas prévu par les Conventions de Vienne et l'on ne pourrait pas dire qu'en l'énonçant la Commission y contrevient. Si ce droit était accordé, les effets qu'aurait la présomption positive sur plusieurs régimes conventionnels seraient certainement contrebalancés. Par ailleurs, l'objet et le but du traité ne sont pas des éléments indépendants de l'intention de l'État réservataire et pour les raisons précédemment exposées, ils ne devraient pas être utilisés pour déterminer l'intention. C'est sur le comportement de l'État, ses déclarations et ses actes, non sur un régime distinct de sa personnalité, qu'il faut s'appuyer pour déterminer son intention.

83. Sur l'additif 2, M. Hmoud souhaiterait faire deux brèves remarques. En ce qui concerne la directive 4.7.4, qui porte notamment sur les déclarations interprétatives conditionnelles, il convient qu'elles sont, par leurs effets, des réserves et que les directives 4.1 à 4.6 leur sont à ce titre applicables, à l'exception toutefois, à son avis, de la directive 4.5.3. L'État qui formule une déclaration interprétative conditionnelle subordonne clairement son engagement à être lié par le traité à une certaine interprétation de celui-ci. Si, pour une raison quelconque, cette interprétation n'est pas valable, on ne peut pas considérer que l'État est réputé lié par le traité du fait de sa propre volonté, ou qu'il faut appliquer un ensemble de critères pour déterminer son intention. En effet, son intention était claire depuis le départ, c'est-à-dire depuis le moment où il a donné son interprétation, à savoir qu'il ne serait pas lié sans le bénéfice de sa déclaration. Quant à l'acceptation de cette interprétation par les autres États, elle importe peu dans la mesure où la déclaration est une condition du consentement qui, par sa nature, vicie ce consentement.

84. Enfin, en ce qui concerne la question de la validité d'une déclaration interprétative du point de vue de son auteur, il semble logique que, lorsqu'on accorde à un État le droit de modifier ou de retirer une déclaration interprétative (projets de directives 2.4.9 et 2.5.12), celui-ci ait un droit de faire valoir l'interprétation contraire, dès lors que ce droit n'est pas absolu. M. Hmoud ne voit pas pourquoi la Commission ne reprendrait pas la solution adoptée dans les Principes directeurs de 2006 applicables aux déclarations unilatérales des États susceptibles de créer des obligations juridiques<sup>311</sup>, à savoir que le droit de révoquer une déclaration est fonction de la mesure dans laquelle les autres parties s'appuient sur celle-ci. Aussi M. Hmoud approuve-t-il la proposition de M. McRae de remanier la directive concernée, de façon que l'auteur de la déclaration, ou la partie qui l'approuve, ne puisse opposer une interprétation contraire à la partie qui en tient compte dans le cadre de ses relations conventionnelles avec l'État interprétant. M. Hmoud recommande le renvoi des projets de directive au Comité de rédaction, en attendant qu'une décision soit prise par la Commission quant à la marche à suivre pour préciser le contenu de la directive 4.5.3.

*La séance est levée à 12 h 55.*

<sup>311</sup> *Annuaire... 2006*, vol. II (2<sup>e</sup> partie), chap. IX, p. 169 et suiv., par. 176.