A/CN.4/SER.A/2002

ANNUAIRE DE LA COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

2002

Volume I

Comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-quatrième session 29 avril-7 juin et 22 juillet-16 août 2002

NATIONS UNIES
New York et Genève, 2008

NOTE

Les cotes des documents de l'Organisation des Nations Unies se composent de lettres majuscules et de chiffres. La simple mention d'une cote dans un texte signifie qu'il s'agit d'un document de l'Organisation.

Le titre de l'*Annuaire de la Commission du droit international* s'abrège en *Annuaire...* suivi de la mention de l'année (par exemple, *Annuaire... 2001*).

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

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

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

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

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

*
* *

Le présent volume comprend les comptes rendus analytiques des séances de la cinquante-quatrième session de la Commission (A/CN.4/SR.2711 à A/CN.4/SR.2750), avec les rectifications communiquées par les membres de la Commission et toutes autres modifications exigées par les travaux d'édition.

A/CN.4/SER.A/2002

PUBLICATION DES NATIONS UNIES

Numéro de vente : F.08.V.7
ISBN 978-92-1-233447-9

ISSN 0497-9877

TABLE DES MATIÈRES

Pages

Membres de la Commission ..... **vii**

Bureau ..... **vii**

Ordre du jour ..... **viii**

Abréviations et sigles ..... **ix**

Affaires citées dans le présent volume ..... **x**

Instruments multilatéraux cités dans le présent volume ..... **xv**

Répertoire des documents de la cinquante-quatrième session ... **xx**

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES
DES 2711e À 2750e SÉANCES

Comptes rendus analytiques des séances de la première partie de la cinquante-quatrième session tenue à Genève du 29 avril au 7 juin 2002

2711e séance

Lundi 29 avril 2002, à 15 h 10

Ouverture de la session 1
Élection du bureau 1
Adoption de l'ordre du jour 1
Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut) 3
Organisation des travaux de la session 3

2712e séance

Mardi 30 avril 2002, à 10 heures

Protection diplomatique
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial ... 4
Organisation des travaux de la session *(suite)* 12

2713e séance

Mercredi 1er mai 2002, à 10 heures

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 13
Organisation des travaux de la session *(suite)* 18

2714e séance

Jeudi 2 mai 2002, à 10 heures

Hommage à la mémoire de Paul Szasz 18
Organisation des travaux de la session *(suite)* 18
Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 19

2715e séance

Vendredi 3 mai 2002, à 10 heures

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 25

2716e séance

Mardi 7 mai 2002, à 10 heures

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 29

Pages

2717e séance

Mercredi 8 mai 2002, à 10 heures

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 37
Organisation des travaux de la session *(suite)* 43

2718e séance

Vendredi 10 mai 2002, à 10 heures

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 43

2719e séance

Mardi 14 mai 2002, à 10 heures

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 53
Les réserves aux traités
Septième rapport du Rapporteur spécial 56

2720e séance

Mercredi 15 mai 2002, à 10 h 5

Organisation des travaux de la session *(suite)* 59
Les réserves aux traités *(suite)*
Septième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 59
Actes unilatéraux des États
Cinquième rapport du Rapporteur spécial 65

2721e séance

Vendredi 17 mai 2002, à 10 h 5

Organisation des travaux de la session *(suite)* 68
Les réserves aux traités *(suite)*
Septième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 68

2722e séance

Mardi 21 mai 2002, à 10 h 5

Actes unilatéraux des États *(suite)*
Cinquième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 72

2723e séance

Mercredi 22 mai 2002, à 10 h 5

Actes unilatéraux des États *(suite)*
Cinquième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 81

2724e séance

Jeudi 23 mai 2002, à 10 h 5

Déclaration du Conseiller juridique 87

2725e séance

Vendredi 24 mai 2002, à 10 h 5

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 94
Actes unilatéraux des États *(suite)*
Cinquième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 99

Pages

2726e séance

Mardi 28 mai 2002, à 10 h 5

Actes unilatéraux des États *(suite)*
Cinquième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 102

2727e séance

Jeudi 30 mai 2002, à 10 heures

Organisation des travaux de la session *(suite)* 111
Actes unilatéraux des États *(suite)*
Cinquième rapport du Rapporteur spécial *(fin)* 111
Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 117

2728e séance

Vendredi 31 mai 2002, à 10 h 5

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)* 121

2729e séance

Mardi 4 juin 2002, à 10 h 5

Protection diplomatique *(suite)*
Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(fin)* 128

2730e séance

Mercredi 5 juin 2002, à 10 h 5

Protection diplomatique *(suite)*
Rapport du Comité de rédaction 134
Coopération avec d'autres organismes
Déclaration de l'observateur du Comité juridique interaméricain 143

2731e séance

Jeudi 6 juin 2002, à 10 heures

Protection diplomatique *(suite)*
Rapport du Comité de rédaction *(suite)* 146

2732e séance

Vendredi 7 juin 2002, à 10 h 5

Protection diplomatique *(fin)*
Rapport du Comité de rédaction *(fin)* 151
Organisation des travaux de la session *(fin)* 152

Comptes rendus analytiques des séances de la seconde partie de la cinquante-quatrième session tenue à Genève du 22 juillet au 16 août 2002

2733e séance

Lundi 22 juillet 2002, à 15 heures

Les réserves aux traités *(suite)*
Rapport du Comité de rédaction 153

2734e séance

Mardi 23 juillet 2002, à 10 h 5

Hommage à la mémoire de José Sette Câmara 159
Les réserves aux traités *(suite)*
Rapport du Comité de rédaction *(fin)* 159
Septième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 160

2735e séance

Mercredi 24 juillet 2002, à 10 h 5

Les réserves aux traités *(suite)*
Septième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 162

Pages

2736e séance

Jeudi 25 juillet 2002, à 10 h 5

Les réserves aux traités *(suite)*
Septième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 169

2737e séance

Vendredi 26 juillet 2002, à 10 heures

Les réserves aux traités *(suite)*
Septième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 177

2738e séance

Mardi 30 juillet 2002, à 10 heures

Les réserves aux traités *(suite)*
Septième rapport du Rapporteur spécial *(suite)* 184
Coopération avec d'autres organismes *(suite)*
Déclaration de l'observateur de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique 190

2739e séance

Mercredi 31 juillet 2002, à 10 heures

Coopération avec d'autres organismes *(suite)*
Visite du Président de la Cour internationale de Justice 193
Les réserves aux traités *(fin)*
Septième rapport du Rapporteur spécial *(fin)* 197

2740e séance

Vendredi 2 août 2002, à 10 h 10

Responsabilité des organisations internationales
Rapport du Groupe de travail 201

2741e séance

Mardi 6 août 2002, à 10 heures

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international
Rapport du Groupe d'étude 207

2742e séance

Mercredi 7 août 2002, à 10 h 5

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international *(fin)*
Rapport du Groupe d'étude *(fin)* 213

2743e séance

Jeudi 8 août 2002, à 10 heures

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)
Rapport du Groupe de travail 220

2744e séance

Vendredi 9 août 2002, à 10 h 5

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) *[fin]*
Rapport du Groupe de travail *(fin)* 227
Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission
Rapport du Groupe de planification 229
Coopération avec d'autres organismes *(fin)*
Déclaration de l'observateur du Conseil de l'Europe 232

Pages

2745e séance

Lundi 12 août 2002, à 15 heures

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session
Chapitre V. – Protection diplomatique ... 235
C. Texte des articles 1 à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique adoptés à titre provisoire par la Commission et commentaires y relatifs ... 235
Article premier (Définition et champ d'application) ... 235
Commentaire de l'article premier ... 235
Article 2 [3] (Droit d'exercer la protection diplomatique) ... 236
Commentaire de l'article 2 [3] ... 236
Article 3 [5] (État de la nationalité) ... 236
Commentaire de l'article 3 [5] ... 236
Article 4 [9] (Continuité de la nationalité) ... 237
Commentaire de l'article 4 [9] ... 238
Article 5 [7] (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers) ... 240
Commentaire de l'article 5 [7] ... 240
Article 6 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité) ... 240
Commentaire de l'article 6 ... 240

2746e séance

Mardi 13 août 2002, à 10 heures

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(suite)*
Chapitre V. – Protection diplomatique *(suite)* ... 240
C. Texte des articles 1 à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique adoptés à titre provisoire par la Commission et commentaires y relatifs *(fin)*
Article 7 [8] (Apatrides et réfugiés) ... 240
Commentaire de l'article 7 [8] ... 241
A. Introduction ... 242
B. Examen du sujet à la présente session ... 243

2747e séance

Mardi 13 août 2002, à 15 h 5

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(suite)*
Chapitre V. – Protection diplomatique *(fin)* ... 248
B. Examen du sujet à la présente session *(fin)* ... 248

2748e séance

Mercredi 14 août 2002, à 10 h 5

Actes unilatéraux des États *(fin)* ... 253
Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(suite)*
Chapitre IV. – Les réserves aux traités ... 254
C. Projets de directive concernant les réserves aux traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission
2. Texte des projets de directive adoptés par la Commission à sa cinquante-quatrième session et commentaires y relatifs ... 254
Commentaire de la directive 2.1.1 (Forme écrite) ... 254
Commentaire de la directive 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle) ... 254
Commentaire de la directive 2.1.3 (Formulation d'une réserve au plan international) ... 254
Commentaire de la directive 2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4] (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves) ... 255
Commentaire de la directive 2.1.5 (Communication des réserves) ... 255
Commentaire de la directive 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] (Procédure de communication des réserves) ... 256
Commentaire de la directive 2.1.7 (Fonctions du dépositaire) ... 257
Commentaire de la directive 2.1.8 [2.1.7 *bis*] (Procédure en cas de réserves manifestement [illicites]) ... 257
2.4 Procédure relative aux déclarations interprétatives ... 258
Commentaire de la directive 2.4.1 (Formulation des déclarations interprétatives) ... 258
Commentaire de la directive [2.4.2 [2.4.1 *bis*] (Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne)] ... 258
Commentaire de la directive [2.4.3 [2.4.2, 2.4.9] (Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles)] ... 258
A. Introduction ... 258
B. Examen du sujet à la présente session ... 258
C. Projets de directive concernant les réserves aux traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission *(fin)* ... 259
1. Texte des projets de directive ... 259

2749e séance

Jeudi 15 août 2002, à 10 h 5

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(suite)*
Chapitre VI. – Actes unilatéraux des États ... 259
A. Introduction ... 260
B. Examen du sujet à la présente session ... 260
Chapitre VIII. – Responsabilité des organisations internationales ... 263
A. Introduction ... 263
B. Examen du sujet à la présente session ... 263
C. Rapport du Groupe de travail ... 263
Chapitre IX. – Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ... 263
A. Introduction ... 263
B. Examen du sujet à la présente session ... 263
C. Rapport du Groupe d'étude ... 263
Chapitre VII. – Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) ... 263
A. Introduction ... 263
B. Examen du sujet à la présente session ... 263
C. Rapport du Groupe de travail ... 263
Chapitre X. – Autres décisions et conclusions de la Commission ... 264
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission ... 264

2750e séance

Vendredi 16 août 2002, à 10 h 5

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(fin)*
Chapitre X. – Autres décisions et conclusions de la Commission *(fin)*
B. Date et lieu de la cinquante-cinquième session ... 265
C. Coopération avec d'autres organismes ... 265
D. Représentation à la cinquante-septième session de l'Assemblée générale ... 265
E. Séminaire de droit international ... 265
Chapitre II. – Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-quatrième session ... 265
Chapitre III. – Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission ... 265
Protection diplomatique ... 265
Actes unilatéraux des États ... 267
Responsabilité des organisations internationales ... 267
Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du du droit international ... 267

Pages

Les réserves aux traités 267
Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) 268
Chapitre Ier. – Organisation des travaux de la session 268
Clôture de la session 268

MEMBRES DE DE LA COMMISSION
(et pays dont ils ont la nationalité)

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

BUREAU

Président : M. Robert ROSENSTOCK
Premier Vice-Président : M. Enrique CANDIOTI
Second Vice-Président : M. James Lutabanzibwa KATEKA
Président du Comité de rédaction : M. Chusei YAMADA
Rapporteur : M. Valery KUZNETSOV

M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M. Václav Mikulka, Directeur de la Division de la codification du Bureau des affaires juridiques, assumait les fonctions de secrétaire de la Commission et, en l'absence du Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général.

ORDRE DU JOUR

À sa 2711e séance, le 29 avril 2002, la Commission a adopté pour sa cinquante-quatrième session l'ordre du jour suivant, compte tenu des points qui ont été ajoutés ultérieurement :

1. Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut).
2. Organisation des travaux de la session.
3. Les réserves aux traités.
4. Protection diplomatique.
5. Actes unilatéraux des États.
6. Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses).
7. Responsabilité des organisations internationales.
8. Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international.
9. Ressources naturelles partagées.
10. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
11. Coopération avec d'autres organismes.
12. Date et lieu de la cinquante-cinquième session.
13. Questions diverses.

ABRÉVIATIONS ET SIGLES

AALCO	Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique
CDI	Commission du droit international
CICR	Comité international de la Croix-Rouge
CIJ	Cour internationale de Justice
CIRDI	Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements
CNUDCI	Commission des Nations Unies pour le droit commercial international
CPJI	Cour permanente de justice internationale
Mercosur	Marché commun du Sud
OACI	Organisation de l'aviation civile internationale
OEA	Organisation des États américains
OIM	Organisation internationale pour les migrations
OIT	Organisation internationale du Travail
OMC	Organisation mondiale du commerce
OTAN	Organisation du Traité de l'Atlantique Nord
PNUD	Programme des Nations Unies pour le développement
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement
TIDM	Tribunal international du droit de la mer
UNESCO	Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture

*

* *

AJIL	*American Journal of International Law*
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
C.P.J.I. série A	CPJI, *Recueil des arrêts* (n^{os} 1 à 24, jusqu'en 1930 inclus)
C.P.J.I. série A/B	CPJI, *Arrêts, ordonnances et avis consultatifs* (n^{os} 40 à 80, à partir de 1931)
C.P.J.I. série D	CPJI, *Actes et documents relatifs à l'organisation de la Cour* (n^{os} 1 à 6)
ILM	*International Legal Materials* (Washington)
TIDM Recueil	TIDM, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*

*

* *

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

*

* *

NOTE CONCERNANT LES CITATIONS

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

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

*

* *

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

AFFAIRES CITÉES DANS LE PRÉSENT VOLUME

Affaire	*Nature de la décision et source*
Activités armées sur le territoire du Congo	*(République démocratique du Congo c. Ouganda), mesures conservatoires, ordonnance du 29 novembre 2001, C.I.J. Recueil 2001*, p. 660.
Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002)	*(République démocratique du Congo c. Rwanda), mesures conservatoires, ordonnance du 10 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002*, p. 219.
Ambatielos	*Exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1952*, p. 28.
	Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 10.
	Sentence du 6 mars 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII (numéro de vente : 63.V.3), p. 91.
Aminoil	*Government of Kuwait* v. *American Independent Oil Co. (Aminoil)*, *ILM*, vol. 21, n° 5 (septembre 1982), p. 976.
Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	*(Bosnie-Herzégovine c. Yougoslavie), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1996*, p. 595; *ordonnance du 10 septembre 2001, C.I.J. Recueil 2001*, p. 572.
	(Croatie c. Yougoslavie), ordonnance du 27 juin 2000, C.I.J. Recueil 2000, p. 108.
Arbitrage relatif aux navires finlandais	*Réclamation au sujet de certains navires finlandais utilisés pendant la guerre*, sentence du 9 mai 1934, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949.V.2), p. 1479.
Bankovic	*Bankovic et autres c. Belgique et autres*, Cour européenne des droits de l'homme, requête n° 52207/99, décision du 12 décembre 2001, *Recueil des arrêts et décisions, 2001-XII*, p. 361.
Barcelona Traction	*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1970*, p. 3.
Belilos c. Suisse	Cour européenne des droits de l'homme, *Arrêts et décisions, Série A, n° 132*, arrêt du 29 avril 1988, Conseil de l'Europe, Strasbourg, 1988.
Bhopal	*Union Carbide Corporation gas plant disaster at Bhopal, India, in December, 1984*, avis et ordonnance, 12 mai 1986, U.S. District Court, New York. Avis reproduit dans *ILM*, vol. 25, n° 4 (juillet 1986), p. 771.
Certains biens	*(Liechtenstein c. Allemagne), ordonnance du 28 juin 2001, C.I.J. Recueil 2001*, p. 565.
	(Liechtenstein c. Allemagne), ordonnance du 12 juillet 2002, C.I.J. Recueil 2002, p. 296.
Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis	*Arrêt, 1939, C.P.J.I. série A/B n° 76*, p. 4.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)	*Compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 432.
Conservation et exploitation durable des stocks d'espadon	*(Chili/Communauté européenne), ordonnance du 20 décembre 2000, TIDM Recueil 2000*, p. 148. *Ordonnance du 15 mars 2001, TIDM Recueil 2001*, p. 4.
Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes	*(Nicaragua c. Honduras), ordonnance du 13 juin 2002, C.I.J. Recueil 2002*, p. 216.
Demande d'examen de la situation au titre du paragraphe 63 de l'arrêt rendu par la Cour le 20 décembre 1974 dans l'affaire des Essais nucléaires (Nouvelle-Zélande c. France)	*Ordonnance du 22 septembre 1995, C.I.J. Recueil 1995*, p. 288.
Détroit de Corfou	*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.
De Wilde, Ooms et Versyp (« Vagabondage »)	*De Wilde, Ooms et Versyp c. Belgique*, Cour européenne des droits de l'homme, *arrêt du 18 juin 1971* (au principal), *Série A n° 12, Recueil des arrêts et décisions, 1996-VI*, et *arrêt du 10 mars 1972* (article 50), *Série A n° 14*, ibid.
Diallo	*Ahmadou Sadio Diallo (République de Guinée c. République démocratique du Congo), ordonnance du 8 septembre 2000, C.I.J. Recueil 2000*, p. 146.
Dickson Car Wheel Company	*Dickson Car Wheel Company (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, sentence de juillet 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 669.
Différend frontalier	*(Burkina Faso c. République du Mali), arrêt, C.I.J. Recueil 1986*, p. 554.
Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)	*Arrêt, C.I.J. Recueil 1994*, p. 6.
Différend territorial et maritime	*(Nicaragua c. Colombie), ordonnance du 26 février 2002, C.I.J. Recueil 2002*, p. 189.
Droit d'asile	*Affaire colombo-péruvienne relative au droit d'asile, arrêt du 20 novembre 1950, C.I.J. Recueil 1950*, p. 266.
Droit de passage sur territoire indien	*Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1960*.
El Oro Mining and Railway Co.	*El Oro Mining and Railway Company (Limited) (Grande-Bretagne) c. États-Unis du Mexique),* décision n° 55 du 18 juin 1931, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. V (numéro de vente : 1952.V.3), p. 191.
ELSI	*Elettronica Sicula S.p.A. (ELSI), arrêt, C.I.J. Recueil 1989*, p. 15.
Emprunts norvégiens	*Certains emprunts norvégiens, arrêt du 6 juillet 1957, C.I.J. Recueil 1957*, p. 9.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Emprunts serbes	*Affaire concernant le paiement de divers emprunts serbes émis en France, arrêt nº 14, 1929, C.P.J.I. série A nº 20/21*.
Essais nucléaires	*(Australie c. France), arrêt, C.I.J. Recueil 1974*, p. 253.
	(Nouvelle-Zélande c. France), ibid., p. 457.
F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie	Tribunal fédéral suisse, arrêt du 17 décembre 1992, *Journal des Tribunaux*, I. *Droit fédéral*, 1995, p. 523.
Fonderie de Trail (Trail Smelter)	*Affaire de la Fonderie de Trail*, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (numéro de vente : 1949. V.2), p. 1905.
Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria	*(Cameroun c. Nigéria), exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1998*, p. 275.
	(Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant)), ordonnance du 20 février 2001, C.I.J. Recueil 2001, p. 9.
Haya de la Torre	*Arrêt, C.I.J. Recueil 1951*, p. 71.
Incident aérien du 27 juillet 1955	*(Israël c. Bulgarie; États-Unis d'Amérique c. Bulgarie; Royaume-Uni c. Bulgarie), C.I.J. Mémoires*, p. 455; notamment *Deuxième partie, Plaidoiries.*
	(Israël c. Bulgarie), arrêt, C.I.J. Recueil 1959, p. 127.
Incident aérien du 10 août 1999	*(Pakistan c. Inde), compétence de la Cour, arrêt, C.I.J. Recueil 2000*, p. 12.
Interhandel	*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1959*, p. 6.
Jurado	OIT, Tribunal administratif, arrêt nº 70, 11 septembre 1964.
LaGrand	*(Allemagne c. États-Unis d'Amérique), mesures conservatoires, ordonnance du 3 mars 1999, C.I.J. Recueil 1999*, p. 9.
	Arrêt, C.I.J. Recueil 2001, p. 466.
Licéité de l'emploi de la force	*(Yougoslavie c. Belgique), mesures conservatoires, ordonnance du 20 mars 2002, C.I.J. Recueil 2002*, p. 192.
	(Yougoslavie c. Canada), ibid., p. 195.
	(Yougoslavie c. France), ibid., p. 198.
	(Yougoslavie c. Allemagne), ibid., p. 201.
	(Yougoslavie c. Italie), ibid., p. 204.
	(Yougoslavie c. Pays-Bas), ibid., p. 207.
	(Yougoslavie c. Portugal), ibid., p. 210.
	(Yougoslavie c. Royaume-Uni), ibid., p. 213.
Lockerbie	*Questions d'interprétation et d'application de la convention de Montréal de 1971 résultant de l'incident aérien de Lockerbie (Jamahiriya arabe libyenne c. Royaume-Uni), ordonnance du 6 septembre 2000, C.I.J. Recueil 2000*, p. 140.
	(Jamahiriya arabe libyenne c. États-Unis d'Amérique), ibid., p. 143.
Mandat d'arrêt du 11 avril 2000	*(République démocratique du Congo c. Belgique), arrêt, C.I.J. Recueil 2002*, p. 3.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Martini	*(Italie c. Venezuela)*, sentence du 3 mai 1930, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 973.
Mavrommatis	*Concessions Mavrommatis en Palestine, arrêt n° 2, 1924, C.P.J.I. série A n° 2*.
Namibie	*Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970) du Conseil de sécurité, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1971*, p. 16.
North American Dredging Company	*North American Dredging Company of Texas (États-Unis d'Amérique) c. États-Unis du Mexique*, décision du 31 mars 1926, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. IV (numéro de vente : 1951.V.1), p. 26.
Nottebohm	*Deuxième phase, arrêt, C.I.J. Recueil 1955*, p. 4.
Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande	Cour européenne des droits de l'homme, *arrêt du 29 octobre 1992*, requêtes n^{os} 14234/88 et 14235/88, *Série A n° 246, Recueil des arrêts et décisions*, 1992-VI.
Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran	*Arrêt, C.I.J. Recueil 1980*, p. 3.
Phosphates du Maroc	*Arrêt, 1938, C.P.J.I. série A/B n° 74*, p. 10.
Pinochet	*Regina* v. *Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate*, ex parte *Pinochet Ugarte* (No. 3), Chambre des lords du Royaume-Uni, 24 mars 1999, *International Law Reports*, vol. 119.
Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes	OMC, Organe d'appel, affaire n° AB-1998-4, doc. WT/DS58/AB/R.
Réparation	*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies, avis consultatif, C.I.J. Recueil 1949*, p. 174.
Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide	*Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1951*, p. 15.
Robert E. Brown	*Robert E. Brown (États-Unis d'Amérique) c. Grande-Bretagne*, arrêt du 23 novembre 1923, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. VI (numéro de vente : 1955.V.3), p. 120.
Sabbatino	*Banco Nacional de Cuba* v. *Sabbatino, Receiver*, *United States Reports*, vol. 376 (1964), p. 398.
« Saiga »	*Affaire du navire « Saiga » (No. 2) (Saint-Vincent-et-les-Grenadines c. Guinée), arrêt, TIDM Recueil 1999*, p. 10.
Salem	*(Égypte, États-Unis), arrêt du 8 juin 1932, Recueil des sentences arbitrales*, vol. II (numéro de vente : 1949.V.1), p. 1161.
Sentence arbitrale rendue par le roi d'Espagne le 23 décembre 1906	*Arrêt, C.I.J. Recueil 1960*, p. 192.

Affaire	*Nature de la décision et source*
Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan	*(Indonésie/Malaisie), requête à fin d'intervention, arrêt, C.I.J. Recueil 2001*, p. 575.
Statut juridique du Groenland oriental	*Arrêt, 1933, C.P.J.I. série A/B n° 53*, p. 22.
Tadić	*Le Procureur c. Duško Tadić*, Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-94-1-A, arrêt du 15 juillet 1999, *Supplément judiciaire n° 6* (juin/juillet 1999).
Temple de Préah Vihéar	*Exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 1961*, p. 17.
	Fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1962, p. 6.
Texaco	*Texaco Overseas Petroleum Company and California Asiatic Oil Company* v. *The Government of the Libyan Arab Republic* (1977), *International Law Reports*, vol. 53, p. 389.
Timor oriental	*(Portugal c. Australie), arrêt, C.I.J. Recueil 1995*, p. 90.
Usine de Chorzów	*Compétence, arrêt n° 8, 1927, C.P.J.I. série A n° 9.*
	Fond, arrêt n° 13, 1928, C.P.J.I. série A n° 17.
Vapeur Wimbledon	*Arrêts, 1923, C.P.J.I. série A n° 1.*
Westland Helicopters Ltd.	*Westland Helicopters Ltd.* v. *Arab Organization for Industrialization*, *International Law Reports*, vol. 80, p. 595 (1985) [Chambre de commerce internationale].
	Arab Organization for Industrialization v. *Westland Helicopters Ltd.*, ibid., p. 622 (1987) [Tribunal fédéral suisse].
	Westland Helicopters Ltd. v. *Arab Organization for Industrialization*, ibid., vol. 108, p. 564 (1994) [Royaume-Uni, Haute Cour].

INSTRUMENTS MULTILATÉRAUX CITÉS DANS LE PRÉSENT VOLUME

	Sources
Règlement pacifique des différends internationaux	
Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogota) [Bogota, 30 avril 1948]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 30, nº 449, p. 55.
Convention européenne pour le règlement pacifique des différends (Strasbourg, 29 avril 1957)	Ibid., vol. 320, nº 4646, p. 243.
Relations diplomatiques et consulaires	
Convention concernant les droits et devoirs des États (Montevideo, 26 décembre 1933)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXV, nº 3802, p. 19.
Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (Vienne, 18 avril 1961)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 500, nº 7310, p. 95.
Convention de Vienne sur les relations consulaires (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., vol. 596, nº 8638, p. 261.
Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires, concernant le règlement obligatoire des différends (Vienne, 24 avril 1963)	Ibid., nº 8640, p. 487.
Droits de l'homme	
Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (New York, 9 décembre 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 78, nº 1021, p. 277.
Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme) [Rome, 4 novembre 1950]	Ibid., vol. 213, nº 28891, p. 221.
Protocole nº 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances (Vilnius, 3 mai 2002)	Ibid., vol. 2246, nº 2889, p. 110. Conseil de l'Europe, *Série des traités européens*, nº 187.
Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale (New York, 21 décembre 1965)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 660, nº 9464, p. 195.
Pacte international relatif aux droits civils et politiques (New York, 16 décembre 1966)	Ibid., vol. 999, nº 14668, p. 171.
Convention pour l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes (New York, 18 décembre 1979)	Ibid., vol. 1249, nº 20378, p. 13.

Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine) [Oviedo, 4 avril 1997]	Ibid., vol. 2137, n° 37266, p. 171.
Protocole additionnel à la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine portant interdiction du clonage d'êtres humains (Paris, 12 janvier 1998)	Ibid., vol. 2177, n° A-37266, p. 366.
Nationalité et apatridie	
Convention relative aux droits des étrangers (Mexico, 29 janvier 1902)	*The International Conferences of American States, 1889-1928*, New York, Oxford University Press, 1931, p. 91. Articles traduits dans *Annuaire… 1956*, vol. II, annexe 5, p. 226.
Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité (La Haye, 12 avril 1930)	Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. CLXXIX, n° 4137, p. 89.
Convention relative au statut des réfugiés (avec annexe) [Genève, 28 juillet 1951]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 189, n° 2545, p. 137.
Protocole relatif au statut des réfugiés (New York, 31 janvier 1967)	Ibid., vol. 606, n° 8791, p. 267.
Convention relative au statut des apatrides (New York, 28 septembre 1954)	Ibid., vol. 360, n° 5158, p. 117.
Convention européenne sur la nationalité (Strasbourg, 6 novembre 1997)	Ibid., vol. 2135, n° 37248, p. 189.
Droit international privé	
Traités de droit international privé (Montevideo, 25 août 1888-18 février 1889)	International American Conference, *Reports of Committees and Discussions Thereon*, vol. II, Washington, Government Printing Office, 1890, p. 884.
Protocole additionnel aux Traités de droit international privé (Montevideo, 13 février 1889)	F. Stoerk, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international : continuation du grand recueil de G. F. de Martens*, 2e série, vol. XVIII, Goettingue, Librairie Dieterich, 1893, p. 456.
Protocole additionnel aux Traités de droit international privé (Montevideo, 19 mars 1940)	M. O. Hudson, *International Legislation*, vol. VIII (1938-1941), Washington, Dotation Carnegie pour la paix internationale, 1949, p. 529.

Commerce international et développement

Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États (Washington, 18 mars 1965)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 575, nº 8359, p. 159.

Aviation civile

Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs (Tokyo, 14 septembre 1963)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 704, nº 10106, p. 219.

Questions pénales diverses

Convention pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que de l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales (Washington, 2 février 1971)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1438, nº 24381, p. 191.
Convention européenne pour la répression du terrorisme (Strasbourg, 27 janvier 1977)	Ibid., vol. 1137, nº 17828, p. 93.
Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'infractions violentes (Strasbourg, 24 novembre 1983)	Ibid., vol. 1525, nº 26456, p. 37.
Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif (New York, 15 décembre 1997)	Ibid., vol. 2149, nº 37517, p. 256.
Statut de Rome de la Cour pénale internationale (Rome, 17 juillet 1998)	Ibid., vol. 2187, nº 38544, p. 3, et vol. 2189, nº A-38544, p. 499.
Convention sur la cybercriminalité (Budapest, 23 novembre 2001)	Conseil de l'Europe, *Série des traités européen*s, nº 185.
Convention interaméricaine contre le terrorisme (Bridgetown, 2 juin 2002)	OEA, *Actes et documents*, OEA/Ser.P/XXXII-O.2, vol. I, AG/RES.1840 (XXXII-O/02). *ILM*, vol. 42, nº 1 (janvier 2003), p. 19.

Droit de la mer

Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine (avec annexe) [Washington, 2 décembre 1946]	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 161, nº 2124, p. 72.
Convention relative à la création d'une Organisation maritime intergouvernementale (Genève, 6 mars 1948)	Ibid., vol. 289, nº 4214, p. 3.
Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer (Genève, 29 avril 1958)	Ibid., vol. 559, nº 8164, p. 285.
Accord sur les arrangements provisoires relatifs aux nodules polymétalliques des grands fonds marins (Washington, 2 septembre 1982)	Ibid., vol. 1871, nº 31958, p. 275.
Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (Montego Bay, 10 décembre 1982)	Ibid., vol. 1834, nº 31363, p. 3.

Droit applicable aux conflits armés

Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne (Traité de Versailles) [Versailles, 28 juin 1919]	H. Triepel, *Nouveau recueil général de traités et autres actes relatifs aux rapports de droit international : continuation du grand recueil de G. Fr. de Martens*, 3e série, Leipzig, Theodor Weicher, 1922, t. XI, p. 323.
Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre (Genève, 12 août 1949)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 75, nos 970-973, p. 2, 85, 135 et 287.
Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre	Ibid., no 973, p. 287.

Droit des traités

Convention sur les traités (La Havane, 20 février 1928)	*Sixième Conférence internationale américaine, Acte final, motions, décisions, résolutions et conventions*, La Havane, Rambla, Bouza y Ca, 1928.
	AJIL, vol. 22, Suppl. (1928), p. 138.
Convention de Vienne sur le droit des traités (Vienne, 23 mai 1969)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1155, no 18232, p. 331.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (Vienne, 23 août 1978)	Ibid., vol. 1946, no 33356, p. 3.
Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État (Vienne, 8 avril 1983)	Ibid., *Annuaire juridique 1983* (numéro de vente : F.90.V.1), p. 162.
Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (Vienne, 21 mars 1986)	*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales*, vol. II (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.5, Vol. II), p. 91.

Responsabilité

Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (Londres, Moscou et Washington, 29 mars 1972)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 961, no 13810, p. 187.

Désarmement

Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau (Moscou, 5 août 1963)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 480, no 6964, p. 43.

Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Traité de Tlatelolco) [avec, en annexe, les Protocoles additionnels I et II] (Mexico, District fédéral, 14 février 1967)	Ibid., vol. 634, nº 9068, p. 281, et vol. 1894, nº 9068, p. 335.

Environnement et ressources naturelles

Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance (Genève, 13 novembre 1979)	Nations Unies, vol. 1302, nº 21623, p. 217.

Droit international général

Charte de l'Organisation des États américains (Bogota, 30 avril 1948)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 119, nº 1609, p. 3.
Accord de Carthagène (Accord d'intégration sous-régionale [Pacte andin]) (Bogota, 26 mai 1969)	Texte espagnol : *Grupo Andino – M.C.C. CARIFTA y otros documentos* (Foro Nacional sobre Venezuela y la Integración Latinoamericana), *Documentación Informativa*, t. II, Caracas, 1971, p. 25. Texte anglais : *ILM*, vol. VIII, nº 5 (septembre 1969), p. 910.
Convention portant création de l'Agence multilatérale de garantie des investissements (Séoul, 11 octobre 1985)	Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1508, nº 26012, p. 99.
Traité sur l'Union européenne (Traité de Maastricht) [Maastricht, 7 février 1992]	Ibid., vol. 1755, nº 30615, p. 3.
Convention pénale sur la corruption (Strasbourg, 27 janvier 1999)	Ibid., vol. 2216, nº 39391, p. 225.
Convention civile sur la corruption (Strasbourg, 4 novembre 1999)	Ibid., vol. 2246, nº 39988, p. 3.
Charte démocratique interaméricaine (Lima, 11 septembre 2001)	*ILM*, vol. 40, nº 5 (septembre 2001), p. 1289.

RÉPERTOIRE DES DOCUMENTS DE LA CINQUANTE-QUATRIÈME SESSION

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/520	Ordre du jour provisoire	Reprographié. Pour l'ordre du jour adopté, voir *supra* p. viii.
A/CN.4/521 [et Corr.1]	Résumé thématique, établi par le Secrétariat, du débat tenu sur le rapport de la Commission du droit international par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-sixième session	Reprographié.
A/CN.4/522 et Add.1	Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut) : note du Secrétariat	A/CN.4/522 reproduit dans l'*Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie). A/CN.4/522/Add.1 reprographié.
A/CN.4/523 et Add.1	Troisième rapport sur la protection diplomatique, par M. John Dugard, rapporteur spécial	Reproduit dans l'*Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie).
A/CN.4/524	Actes unilatéraux des États : réponses des gouvernements au questionnaire	*Idem.*
A/CN.4/525 et Add.1 [et Corr.1] et Add.2	Cinquième rapport sur les actes unilatéraux des États, par M. Víctor Rodríguez Cedeño, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/526 et Add.1 à 3	Septième rapport sur les réserves aux traités, par M. Alain Pellet, rapporteur spécial	*Idem.*
A/CN.4/L.613 et Rev.1	Protection diplomatique : titres et textes des projets d'article sur la protection diplomatique proposés par le Comité de rédaction	Reprographié.
A/CN.4/L.614	Les réserves aux traités : intitulés et textes des projets de directive proposés par le Comité de rédaction	Voir *supra* compte rendu analytique de la 2733e séance (par. 2).
A/CN.4/L.615 [et Corr.1]	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session : chapitre Ier (Organisation des travaux de la session)	Reprographié. Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément no 10* (A/57/10). Le texte définitif figure dans l'*Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 9.
A/CN.4/L.616	*Idem :* chapitre II (Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-quatrième session)	*Idem*, p. 11.
A/CN.4/L.617 et Add.1	*Idem :* chapitre III (Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission)	*Idem*, p. 13.
A/CN.4/L.618 et Add.1 à 4	*Idem :* chapitre IV (Les réserves aux traités)	*Idem*, p. 15.
A/CN.4/L.619 et Add.1 à 6	*Idem :* chapitre V (Protection diplomatique)	*Idem*, p. 51.
A/CN.4/L.620 et Add.1 et 2	*Idem :* chapitre VI (Actes unilatéraux des États)	*Idem*, p. 81.
A/CN.4/L.621	*Idem :* chapitre VII (Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international [responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses])	*Idem*, p. 93.
A/CN.4/L.622	La responsabilité des organisations internationales : champ et orientation de l'étude. – Rapport du Groupe de travail	Reproduit dans l'*Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 97.
A/CN.4/L.623	Les réserves aux traités : note du Rapporteur spécial sur le premier alinéa du projet de directive 2.1.7 proposé par le Comité de rédaction	Reprographié.

Cotes des documents	*Titres*	*Observations et références*
A/CN.4/L.624	Projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session : chapitre VIII (Responsabilité des organisations internationales)	*Idem.* Pour le texte adopté, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10). Le texte définitif figure dans l'*Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 97.
A/CN.4/L.625	*Idem :* chapitre IX (Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification du droit international)	*Idem*, p. 102.
A/CN.4/L.626 et Add.1	*Idem :* chapitre X (Autres décisions et conclusions de la Commission)	*Idem*, p. 105.
A/CN.4/L.627	Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale pour la non-prévention d'un sinistre transfrontière découlant d'activités dangereuses) : rapport du Groupe de travail	Reprographié. Reproduit dans l'*Annuaire… 2002*, vol. II (2e partie), p. 94.
A/CN.4/L.628 [et Corr.1]	Fragmentation du droit international : rapport du Groupe d'étude	*Idem*, p. 102.
A/CN.4/L.629	Programme, procédures et méthodes de travail et documentation de la Commission : rapport du Groupe de planification	Reprographié.
A/CN.4/SR.2711-A/CN.4/SR.2750	Comptes rendus analytiques provisoires des 2711e à 2750e séances	*Idem.* Le texte définitif figure dans le présent volume.

COMMISSION DU DROIT INTERNATIONAL

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

tenue à Genève du 29 avril au 7 juin 2002

2711e SÉANCE

Lundi 29 avril 2002, à 15 h 10

Président provisoire : M. Enrique CANDIOTI

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Ouverture de la session

1. Le PRÉSIDENT PROVISOIRE déclare ouverte la cinquante-quatrième session de la Commission du droit international, qui est aussi la première du nouveau quinquennat, et souhaite la bienvenue aux membres de la Commission, et tout particulièrement aux nouveaux membres.

Élection du bureau

M. Rosenstock est élu président par acclamation.

M. Rosenstock prend la présidence.

2. Le PRÉSIDENT remercie les membres de la Commission de leur confiance et dit qu'il fera en sorte de la mériter. En ce début de nouveau quinquennat, la force de la Commission réside dans la rigueur intellectuelle, les compétences, le respect mutuel et la discipline de travail dont font preuve ses membres. Elle a aussi la chance de pouvoir compter sur un secrétariat extrêmement compétent et expérimenté et dispose ainsi de tous les éléments lui permettant d'effectuer un travail efficace et couronné de succès. Le Président invite à ce propos le Groupe de planification à étudier la meilleure façon d'organiser les travaux pour tirer parti au mieux du temps dont dispose la Commission.

3. Le Président invite ensuite les membres de la Commission à observer une minute de silence à la mémoire d'Adegoke Ajibola Ige, expert du Nigéria, élu par l'Assemblée générale des Nations Unies à la Commission à sa cinquante-quatrième session, et décédé quelques mois après.

La Commission observe une minute de silence.

M. Candioti est élu premier vice-président par acclamation.

M. Kateka est élu second vice-président par acclamation.

M. Yamada est élu président du Comité de rédaction par acclamation.

M. Kuznetsov est élu rapporteur par acclamation.

Adoption de l'ordre du jour (A/CN.4/520)

4. Le PRÉSIDENT dit que le secrétariat a appelé son attention sur une note (document sans cote distribué en séance) adressée au secrétaire de la Commission par un certain nombre de missions permanentes, relative au sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. Il s'agit d'une question qui sera abordée dans le cadre des nouveaux sujets, la Commission étant convenue de choisir au début de la session en cours deux sujets nouveaux ou supplémentaires. La Commission reviendra sur ces questions après consultations avec le bureau.

5. M. BAENA SOARES estime que l'inscription à l'ordre du jour provisoire de la cinquante-quatrième session d'un point intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » est tout à fait justifiée puisque l'Assemblée générale l'a demandée dans sa résolution 56/82, du 12 décembre 2001, et que, conformément au paragraphe 3 de l'article 18 de son statut, la Commission doit donner priorité à toute demande de l'Assemblée de traiter une question. Par ailleurs, la question considérée n'est pas totalement nouvelle : elle a déjà été examinée sous l'aspect de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Il ne s'agit pas pour la Commission de se plier aux instructions d'un certain nombre de gouvernements mais d'appliquer une décision prise par l'Assemblée.

6. Le PRÉSIDENT dit que l'Assemblée générale ne fixe pas l'ordre du jour de la Commission. Elle fait des recommandations que la Commission examine.

7. M. OPERTTI BADAN partage le point de vue de M. Baena Soares et estime qu'il s'agit là d'une question très importante que la Commission devrait inscrire sans plus tarder à son ordre du jour.

8. Le PRÉSIDENT ne doute pas que le sujet soit important mais pense que son inscription à l'ordre du jour devrait être discutée au préalable dans le cadre d'un groupe de travail officieux.

9. Mme ESCARAMEIA croit comprendre que seule la première partie du sujet, relative à la prévention, a été examinée et qu'il reste à aborder les aspects relatifs à la responsabilité. Il ne s'agit donc pas, pour la Commission, d'un nouveau sujet mais de la suite d'un sujet existant. La Sixième Commission invite instamment la CDI à traiter de cette deuxième partie pendant la session en cours. Comme les intervenants précédents, Mme Escarameia pense que la question devrait être inscrite à l'ordre du jour provisoire, auquel devrait être ajouté un point. Si cela n'était pas possible, on pourrait adopter l'ordre du jour provisoire en l'état, étant entendu que des consultations officieuses devront alors se tenir ultérieurement à ce sujet.

10. M. BROWNLIE se demande si la Commission peut accepter la proposition d'un groupe d'États faite d'une manière péremptoire. S'il convient de tenir compte des vues des États, les membres de la Commission, qui ne sont pas des représentants des États, devraient pouvoir exprimer les leurs en temps opportun et de manière ordonnée.

11. M. TOMKA propose d'adopter l'ordre du jour provisoire tel qu'il figure dans le document A/CN.4/520, étant entendu que la Commission reviendra sur la question des sujets nouveaux à inscrire à son ordre du jour puis en rendra compte à l'Assemblée générale dans le rapport sur les travaux de sa session en cours.

12. M. MANSFIELD ne voit pas dans la note dont il est question une demande péremptoire mais plutôt la surprise d'un groupe d'États de constater qu'un sujet dont la Commission n'avait pas achevé l'examen ne figure plus à son ordre du jour provisoire. Partageant cette surprise, il souhaiterait qu'on lui donne des éclaircissements dans le cadre de consultations informelles avant qu'il ne soit procédé à l'adoption officielle de l'ordre du jour provisoire.

13. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO pense que l'on pourrait adopter à titre provisoire l'ordre du jour, étant bien entendu que l'on entamerait le plus rapidement possible des consultations officieuses, par exemple dans le cadre d'un groupe de travail. Peut-être l'examen de ce point pourrait-il être renvoyé à la seconde partie de la session en cours. Pour sa part, M. Rodríguez Cedeño est favorable à son inscription à l'ordre du jour.

14. M. COMISSÁRIO AFONSO se range à l'avis des membres qui appuient l'inscription de ce point à l'ordre du jour.

15. M. OPERTTI BADAN propose d'adopter à titre préliminaire l'ordre du jour tout en considérant que la Commission va engager immédiatement une procédure qui lui permettra de revenir sur le sujet. Il estime que l'adoption de l'ordre du jour à titre provisoire ne doit pas être considérée comme préjugeant de l'inscription ou non de la question considérée. Il lui semble pour sa part que la position du groupe d'États qui a demandé cette inscription ne peut être considérée comme futile et doit retenir toute l'attention des membres.

16. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA estime que l'on ne peut inscrire cette question à l'ordre du jour sans qu'elle ait d'abord été étudiée conformément à la pratique de la Commission. Or cela ne peut être fait que dans le cadre du point 10 intitulé « Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission ». Il appartient au Groupe de planification, voire à un groupe de travail, de décider de la manière de l'aborder. Ce n'est que dans le rapport sur les travaux de la session en cours que la Commission pourra faire savoir à l'Assemblée générale qu'elle a fait droit à la demande du groupe d'États et qu'elle pourrait inscrire cette question à l'ordre du jour de sa session ultérieure et des sessions suivantes. L'ordre du jour provisoire peut très bien être adopté sans que cela ait une incidence quelconque sur l'issue de l'initiative du groupe d'États, étant entendu que la Commission se réserve le droit d'examiner cette initiative dans le cadre du point 6 de l'ordre du jour.

17. M. PELLET se dit choqué par l'ingérence de certains États dans les travaux de la Commission et voit dans cette initiative un précédent inacceptable. De même, il est choqué par la précipitation de certains membres à vouloir inscrire ce point à l'ordre du jour alors que chacun sait à quel point le problème est délicat. Comme MM. Opertti Badan, Pambou-Tchivounda et Rodríguez Cedeño, il pense qu'il serait raisonnable de procéder, lorsque l'on aura adopté l'ordre du jour, à la création d'un groupe de travail à composition non limitée qui réfléchirait en toute sérénité au sort à réserver à ce sujet, lequel, au demeurant, est toujours au programme de la Commission. Il convient donc d'adopter l'ordre du jour provisoire, étant entendu que l'on créera un groupe de travail sur le problème des conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international et que l'on procédera très rapidement à l'adoption de nouveaux sujets.

18. M. GALICKI souscrit à cette proposition et fait observer que si, au paragraphe 3 de la résolution 56/82 de l'Assemblée générale, la Sixième Commission a prié la Commission de reprendre l'examen du volet « responsabilité », elle l'a aussi priée au paragraphe 8 de commencer l'étude de « La responsabilité des organisations internationales ». Cela étant, il considère que la note du groupe d'États est un document incongru dans la mesure où les membres ne sont pas tenus de recevoir des instructions des gouvernements, et pense que l'ordre du jour provisoire devrait être adopté en l'état.

19. Mme XUE approuve la proposition de M. Tomka de mettre de côté cette question pour le moment et d'ouvrir des consultations officieuses afin de pouvoir répondre aux préoccupations de tous les membres. Il reste que les préoccupations des gouvernements, dont les membres sont issus, sont tout aussi importantes et qu'il faudra en tenir compte.

20. M. CANDIOTI rappelle que le point dont il est question figure à l'ordre du jour de la Commission depuis plus de 20 ans. Sa préoccupation n'est donc pas de savoir pourquoi l'inclure mais pourquoi l'exclure.

21. Le PRÉSIDENT précise que la question n'est pas de savoir si l'on a l'intention de poursuivre les travaux sur l'aspect « responsabilité » du sujet mais selon quelles modalités les points devraient être inscrits à l'ordre du jour provisoire.

22. M. CHEE insiste sur le fait que le statut de la Commission en fait un organe indépendant et autonome. La demande du groupe d'États compromet cette autonomie. Cependant, la Commission ne saurait méconnaître l'importance du sujet de la responsabilité. M. Chee se range donc aux propositions de MM. Pellet et Tomka.

23. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne s'agit pas de savoir si la Commission doit ou non examiner le sujet en cause. Il s'agit de savoir si dans les circonstances actuelles ce sujet devrait ou non figurer à l'ordre du jour provisoire. Il juge acceptables les suggestions de MM. Opertti Badan, Pambou-Tchivounda et Tomka tendant à adopter l'ordre du jour provisoire en l'état, étant entendu que la Commission devrait se pencher en priorité sur la question des nouveaux points de l'ordre du jour, y compris, naturellement, les points relatifs à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international ainsi qu'à la responsabilité des organisations internationales. Mais il ne faudrait pas adopter une nouvelle méthode d'inscription des points à l'ordre du jour, qui pourrait causer des problèmes à long terme. Il ne fait aucun doute qu'il sera fait droit à la demande de l'Assemblée générale. La seule question qui se pose est de savoir s'il faut s'écarter de la manière d'adopter l'ordre du jour établie de longue date – c'est-à-dire en suivant un certain processus, et non de manière irréfléchie. En l'absence d'opposition, il considérera que les membres de la Commission acceptent la démarche proposée par MM. Opertti Badan et Tomka.

Il en est ainsi décidé.

L'ordre du jour est adopté.

Nomination à des sièges devenus vacants (article 11 du statut) [A/CN.4/522 et Add.1]

[Point 1 de l'ordre du jour]

24. Le PRÉSIDENT indique que, conformément à l'article 11 du statut de la Commission, il appartient à la Commission de pourvoir le siège devenu vacant et que les curriculum vitæ des deux candidats ont été communiqués aux membres. Selon l'usage, l'élection a lieu en séance privée.

La séance est suspendue à 17 h 35; elle est reprise à 17 h 45.

25. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a élu M. Kabatsi au siège laissé vacant à la suite du décès d'Adegoke Ajibola Ige.

Organisation des travaux de la session

[Point 2 de l'ordre du jour]

26. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur le calendrier de travail. Il annonce que M. Yamada, Président du Comité de rédaction, présentera le lendemain la composition du Comité et invite le Président du Groupe de planification à établir la liste des membres de ce groupe.

27. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) rappelle que, dans la pratique habituelle de la Commission, le Comité de rédaction compte environ 14 membres, et que, pour assurer une participation optimale des membres de la Commission, sa composition varie suivant les sujets étudiés. Il invite les membres souhaitant faire partie du Comité de rédaction pour un sujet particulier à le lui faire savoir, en rappelant qu'une représentation équitable des différentes régions et des différents systèmes juridiques doit être assurée au sein du Comité.

La séance est levée à 17 h 50.

2712e SÉANCE

Mardi 30 avril 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia,

M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] (A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1)

[Point 4 de l'ordre du jour]

Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial

1. M. DUGARD (Rapporteur spécial), retraçant l'historique des travaux sur la question, rappelle qu'il a présenté son premier rapport sur la protection diplomatique[4] à la cinquante-deuxième session, en 2000. Ce rapport était principalement consacré à la nationalité des réclamations. Après un débat et des consultations officieuses au sein d'un groupe ouvert à tous les membres, la Commission a décidé de renvoyer les articles 1, 3 et 5 à 8 au Comité de rédaction, accompagnés du rapport issu des consultations officieuses. L'additif au premier rapport n'a pu être examiné faute de temps. À sa cinquante-troisième session, la Commission a examiné cet additif, consacré à la continuité de la nationalité, ainsi qu'une partie du deuxième rapport (A/CN.4/514), axé sur les principes généraux de la règle de l'épuisement des recours internes. La Commission a décidé de renvoyer l'article 9, sur la continuité de la nationalité, et les articles 10 et 11, sur l'épuisement des recours internes, au Comité de rédaction; elle n'a pas examiné les articles 12 et 13 qui figuraient dans ce deuxième rapport. Jusqu'à présent, le Comité de rédaction n'a examiné aucune de ces dispositions; il doit commencer à le faire dans l'après-midi.

2. Les paragraphes 11 et 12 du troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1) expliquent la démarche suivie par le Rapporteur spécial. La protection diplomatique fait l'objet d'une abondante documentation sous la forme de travaux de codification, de conventions, de pratique des États, de jurisprudence et de doctrine. De fait, aucune autre branche du droit international n'est aussi documentée, bien que cela ne signifie pas que les sources soient claires ou certaines. De fait, elles sont souvent inconstantes et contradictoires. La Commission doit donc choisir entre des règles concurrentes. Il appartient au Rapporteur spécial de présenter toute la jurisprudence et toutes les options à la Commission afin que celle-ci puisse faire un choix en connaissance de cause.

3. Le troisième rapport présente l'article 14, qui concerne les circonstances dans lesquelles la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas, et l'article 15, relatif à la charge de la preuve dans l'application de cette règle. Le Rapporteur spécial indique qu'il a établi un additif, actuellement en traduction, sur la clause Calvo[5], et qu'il espère examiner la question du déni de justice ultérieurement dans le cadre d'un groupe de travail ou à la session suivante. Il n'ignore pas que la question du déni de justice est controversée, qu'elle relève en grande partie des règles primaires et que le projet d'articles est axé sur les règles secondaires, mais il est impossible que la Commission achève l'étude de la protection diplomatique sans examiner la clause Calvo et le déni de justice, deux questions qui occupent une place centrale dans la jurisprudence en la matière. La Commission doit décider si oui ou non elle souhaite inclure dans son rapport une disposition sur le déni de justice.

4. Le Rapporteur spécial indique que dans son rapport suivant il entend se pencher sur la nationalité des sociétés et il espère que la Commission pourra, dans le cadre d'un groupe de travail constitué lors de la seconde partie de la session, examiner la direction que doivent prendre les travaux sur le sujet. Il ne souhaite pas élargir la portée du projet d'articles au-delà des questions relevant traditionnellement de la protection diplomatique, à savoir la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes. Si la Commission se limite à ces deux questions, il sera possible d'achever l'élaboration d'un ensemble de projets d'article en première et en seconde lecture pour la fin du quinquennat.

5. Au cours du quinquennat précédent, il a été proposé d'inclure un certain nombre d'autres questions dans le domaine de la protection diplomatique, par exemple la protection fonctionnelle exercée par les organisations internationales au profit de leurs fonctionnaires. Il s'agit d'une question très importante qui devrait être examinée par la Commission, mais pas nécessairement dans le cadre du projet d'articles en cours d'élaboration. Elle soulève de nombreux problèmes différents, et si la Commission décide de l'examiner, il sera pratiquement impossible d'achever l'élaboration du projet d'articles d'ici la fin du quinquennat. Le Rapporteur spécial propose donc de recommander que cette question fasse l'objet d'une étude distincte. On se souviendra à cet égard que, lorsqu'elle a étudié la question de la responsabilité de l'État, la Commission a réservé le sujet de la responsabilité des organisations internationales pour une étude distincte.

6. Il a aussi été proposé d'examiner d'autres questions également novatrices et controversées, et cet examen risque aussi de retarder l'achèvement du projet d'articles. Le Rapporteur spécial indique qu'au paragraphe 16 de son troisième rapport, il évoque le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et éventuellement des passagers, quelle que soit la nationalité des personnes concernées. Il s'agit d'une question importante, tout comme est digne d'intérêt le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire, et il peut imaginer que la Commission examine la question de la

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[4] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/506 et Add.1.

[5] Voir sur ce sujet l'*Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, par. 174 à 182, p. 206 à 208.

protection diplomatique de personnes vivant au Timor oriental sous administration internationale, ou la question encore plus complexe de la protection diplomatique des habitants de la Cisjordanie et de Gaza. En sa qualité de rapporteur spécial sur ce sujet pour la Commission des droits de l'homme, il ne craint pas de l'examiner, mais si la Commission du droit international commence à se saisir de questions comme celle du Moyen-Orient, le débat risque de sortir nettement du domaine traditionnel de la protection diplomatique.

7. Les articles 12 et 13 sont examinés aux paragraphes 32 à 67 du deuxième rapport du Rapporteur spécial. Ces deux dispositions traitent de la question de savoir si l'épuisement des recours internes est une condition de procédure ou une condition de fond, ce qui est peut-être la question la plus controversée en la matière. Le Rapporteur spécial aurait pu aggraver encore la controverse en proposant que la Commission s'écarte de la disposition adoptée à sa vingt-neuvième session[6] et confirmée à sa quarante-huitième session dans le projet d'articles sur la responsabilité des États adopté à titre provisoire en première lecture[7]. Pour le Rapporteur spécial, cette règle est essentiellement une règle de procédure, et non une règle de fond, et la question doit donc être réexaminée.

8. Il existe pour l'essentiel trois points de vue : certains, dont Borchard et Ago, estimant qu'il s'agit d'une condition de fond, soutiennent que le fait internationalement illicite de l'État auteur n'est pas parfait tant que les recours internes n'ont pas été épuisés. Ils font ainsi de l'épuisement des recours internes une condition de fond dont dépend l'existence même de la responsabilité internationale. Ceux pour qui la règle est une règle de procédure, Amerasinghe, par exemple, font valoir qu'il s'agit d'une condition de procédure qui doit être satisfaite pour qu'une réclamation internationale puisse être formulée. Selon le troisième point de vue, défendu par Fawcett, il faut distinguer selon que le préjudice a été causé à l'étranger au regard du droit interne ou au regard du droit international. Si le préjudice résulte d'une violation du seul droit interne qui ne constitue pas une violation du droit international, par exemple la violation d'un contrat de concession, la responsabilité internationale n'est engagée que par un acte de l'État défendeur constituant un déni de justice, par exemple du fait d'un parti pris manifesté par la justice à l'encontre d'un étranger essayant de faire valoir ses droits devant un tribunal interne. Dans un tel cas, il est clair que l'épuisement des recours internes est une condition de fond qui doit être satisfaite. D'autre part, si le préjudice causé à l'étranger découle d'une violation du droit international, ou d'une violation du droit international et du droit interne, la responsabilité internationale naît au moment du préjudice, et la nécessité d'épuiser les recours internes est une condition procédurale de la formulation d'une réclamation internationale. Par exemple, si l'État défendeur s'est rendu coupable de tortures sur la personne d'un étranger et qu'il existe un recours en droit interne, il y a fait internationalement illicite lorsque l'acte de torture a été commis, et s'il existe un recours devant les tribunaux internes, ce recours doit être épuisé pour pouvoir formuler une réclamation internationale. Dans un tel cas, l'épuisement des recours internes est simplement une condition de procédure.

9. Certains ont déclaré que ces trois points de vue étaient purement académiques, mais la question du moment où naît la responsabilité internationale est souvent d'une importance pratique considérable. Premièrement, s'agissant de la nationalité des réclamations, l'étranger doit être un national au moment de la commission du fait internationalement illicite. Ainsi, il est important de déterminer à quel moment ce fait a été commis. Deuxièmement, un problème de compétence peut se poser, comme dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Dans cette affaire, la question se posait de savoir quand était née la responsabilité internationale pour décider si la Cour était ou non compétente. Troisièmement, il y a la question de la renonciation. Le Rapporteur spécial indique qu'il expliquera ultérieurement pourquoi il estime qu'un État peut renoncer à la règle de l'épuisement des recours internes, mais il est clair qu'il ne peut le faire s'il s'agit d'une règle de fond, car dans un tel cas il ne peut y avoir fait internationalement illicite si les recours internes n'ont pas été épuisés. La Commission doit pour cette raison faire un choix entre les trois options. La difficulté tient au fait que les sources ne sont pas claires. Les tentatives de codification semblent délibérément ambiguës. À sa vingt-neuvième session, en 1977, la Commission a adopté l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États[8], qui indique clairement qu'il s'agit d'une règle de fond. D'autre part, en 2000, Juliane Kokott, dans son rapport à l'Association de droit international[9], a adopté une position purement procédurale.

10. Avant 1977, on pouvait discerner une tendance en faveur de la position procédurale, tendance qui peut maintenant être contestée ne serait-ce que parce que les tentatives de codification sont si peu claires et si ambiguës. De même, la jurisprudence est vague et se prête à des interprétations différentes qui étayent chacune des deux positions. La principale décision en la matière est celle rendue dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, et il est intéressant de rappeler que Roberto Ago, qui était le conseil de l'Italie, avait défendu la position de fond. Dans cette affaire, la France avait accepté en 1931 la juridiction obligatoire de la CPJI pour ce qui concerne tout différend naissant après cette date. L'Italie faisait valoir qu'en 1925, au Maroc, la France avait violé une obligation internationale vis-à-vis de nationaux italiens, mais elle arguait que le fait illicite n'avait été parfait qu'en 1933, année où les recours internes ou leur équivalent avaient finalement été épuisés. Ainsi, en substance, l'Italie défendait la position qui voit dans la règle une condition de fond. La France, quant à elle, affirmait que la règle de l'épuisement des recours internes n'était rien d'autre qu'une règle de procédure et que la responsabilité internationale existait déjà mais qu'elle ne pouvait être engagée par la voie diplomatique ou par la saisine d'un tribunal international ou de la CPJI tant que les recours internes n'avaient pas été épuisés. La Cour permanente a tranché en faveur de la France et jugé qu'il n'y avait eu après 1925 aucun nouveau facteur ayant engagé la responsabilité internationale de la France. Ago

[6] *Annuaire... 1977*, vol. II (2e partie), p. 31.

[7] *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), p. 62.

[8] Voir *supra* note 6.

[9] J. Kokott, "The Exhaustion of Local Remedies", rapport d'activité de l'Association, *Report of the Sixty-ninth Conference,* International Law Association, Londres, 2000, p. 629 et 630.

citait assez longuement l'arrêt de la Cour dans cette espèce et reproduisait en italiques une déclaration importante de la Cour : « *S'agissant d'un acte* [c'est-à-dire l'acte illicite commis en 1925] *imputable à l'État et décrit comme contraire aux droits conventionnels d'un autre État, la responsabilité internationale s'établirait directement dans le plan des relations entre ces États*[*] » [arrêt, p. 28]. Il est intéressant que cette phrase n'ait pas été citée par la Commission lorsqu'elle a examiné l'arrêt en question. Ago, alors qu'il était Rapporteur spécial, a examiné l'arrêt en l'affaire des *Phosphates du Maroc* et soutenu que la Cour permanente n'avait pas jugé que la règle n'était pas une règle de fond. Il interprétait néanmoins ce passage comme indiquant que la Cour avait fait droit à l'argument de la France, selon laquelle il s'agissait d'une règle de procédure. Telle est aussi l'opinion d'Amerasinghe. Ainsi, même si la jurisprudence n'est pas claire, elle contient au moins une décision indiquant que la règle est une règle de procédure, à savoir la décision rendue dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*.

11. La pratique des États, quant à elle, n'a guère de valeur, parce qu'elle est essentiellement constituée par les arguments qu'ils présentent dans le cadre d'instances devant des tribunaux internationaux, et qu'ils défendent inévitablement la position qui sert le mieux leurs intérêts. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, l'Italie avait défendu vigoureusement la thèse de la condition de fond, mais 50 ans plus tard, dans l'affaire *Elettronica Sicula (ELSI)*, elle a déclaré qu'il s'agissait d'une règle de procédure. On ne peut donc tirer aucune conclusion nette des arguments avancés par les États, et il s'agit d'une forme de pratique qui n'est guère utile. Est par contre intéressant, du point de vue de la pratique des États, le mémoire établi par le Département d'État des États-Unis dans lequel il défend la « troisième voie » en réaction au premier rapport de García Amador sur la responsabilité des États[10].

12. La doctrine est divisée sur la question. La « troisième voie », qui a la préférence du Rapporteur spécial, n'a pas été assez étudiée. Fawcett soutient qu'il faut distinguer entre le droit d'agir et la faculté de l'exercer, et il envisage trois situations juridiques possibles dans lesquelles l'application de la règle de l'épuisement des recours internes doit être examinée[11]. Dans la situation I, le fait dont on se plaint est une violation du droit international mais non du droit interne. Dans une telle situation, il est clair que la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas, car rien n'a été fait qui soit contraire au droit interne, et il ne peut y avoir de recours internes à épuiser. On peut citer à cet égard l'exemple de l'apartheid en Afrique du Sud. L'apartheid violait manifestement les règles du droit international, mais il était toléré voire prôné par le régime d'apartheid. Ainsi, il y avait violation du droit international, mais non du droit interne. Dans la situation II, le fait dont on se plaint est une violation du droit interne mais non du droit international, par exemple la violation d'un contrat entre l'État défendeur et un étranger. Dans cette situation, la responsabilité internationale de l'État n'est pas engagée par le fait en question : elle ne peut naître que d'un acte ultérieur de l'État constituant un déni de justice au détriment de la partie lésée qui cherche à obtenir réparation du préjudice que lui a causé le fait initial. Dans cette situation, la règle de l'épuisement des recours internes constitue un obstacle de fond à une réclamation internationale, réclamation qui ne peut être formulée tant que l'existence d'un déni de justice n'est pas démontrée. Dans la situation III, qui est controversée, le fait dont on se plaint viole à la fois le droit interne et le droit international. Dans un tel cas, selon Fawcett, la règle de l'épuisement des recours internes intervient comme un obstacle procédural à la formulation d'une réclamation internationale.

13. Pour le Rapporteur spécial, c'est le troisième des points de vue évoqués plus haut qui est le plus satisfaisant. Par exemple, un État qui torture un étranger engage sa responsabilité internationale au moment où l'acte de torture est commis, mais il viole peut-être également sa propre législation. S'il existe un recours interne, celui-ci doit être épuisé avant de pouvoir formuler une réclamation internationale; dans un tel cas, la règle de l'épuisement des recours internes est de nature procédurale.

14. Les articles 12 et 13 visent à donner effet à cette conclusion, étayée par la doctrine dans une certaine mesure, mais ils tiennent également compte des autres opinions. De plus, la Commission pourrait éprouver des difficultés à s'écarter de la position qu'elle a adoptée à l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État. Néanmoins, en proposant cet article, le Rapporteur spécial chargé de la responsabilité de l'État a supposé que dans sa forme finale le projet distinguerait entre obligations de comportement et obligations de résultat, une distinction qui n'a pas été conservée. De ce fait, la Commission est libre d'adopter la position proposée par le Rapporteur spécial; il appartiendra au Comité de rédaction de dire si les textes proposés donnent pleinement effet à cette position.

15. M. GAJA dit que, s'il n'est peut-être pas d'accord avec de nombreuses conclusions du Rapporteur spécial, il les trouve stimulantes et pense que le résultat final des travaux sera bon.

16. Il indique que c'est lui qui a proposé que l'on examine les questions visées puis écartées au paragraphe 16 du troisième rapport, qui concernent toutes des situations dans lesquelles un État ou une entité autre qu'un État de nationalité a été considéré comme pouvant exercer la protection diplomatique : la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales, le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage ou des passagers quelle que soit la nationalité de ces derniers, la situation dans laquelle un État exerce sa protection diplomatique au profit du national d'un autre État parce que le droit lui en a été délégué, et le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire.

17. Par exemple, dans l'*Affaire du navire « Saiga »*, le Tribunal international du droit de la mer a jugé que l'État de nationalité du navire avait le droit de formuler une réclamation pour le préjudice subi par les membres de l'équipage, quelle que soit la nationalité de chacun d'en-

[10] Voir citation dans *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/514, par. 52. Reproduit dans M. M. Whiteman, *Digest of International Law*, vol. 8 (1967), p. 789 et 790.

[11] J. E. S. Fawcett, "The exhaustion of local remedies: substance or procedure?", *British Year Book of International Law 1954*, p. 452.

tre eux. Ainsi, le droit de l'État de la nationalité d'exercer la protection diplomatique n'est pas exclusif. Dans ce contexte, M. Gaja rappelle qu'il a proposé que la Commission examine également les conséquences pour l'État de la nationalité du droit d'une organisation internationale d'exercer la protection diplomatique et non fonctionnelle; la question des réclamations concurrentes de l'État de la nationalité d'une part et de l'Organisation des Nations Unies de l'autre en ce qui concerne le préjudice personnel causé à des fonctionnaires de l'ONU a été soulevé en 1949 par la CIJ dans l'avis consultatif rendu en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*.

18. Si le Rapporteur spécial et la Commission concluent que tous ces sujets ou l'un d'entre eux ne méritent pas d'être expressément envisagés dans le projet d'articles, ils devraient au moins être mentionnés dans le commentaire. Quoi qu'il en soit, pour déterminer si une question est pertinente, la Commission devrait être guidée par la pratique contemporaine et non par la tradition.

19. Au paragraphe 55 de son deuxième rapport, le Rapporteur spécial vise un ouvrage que lui-même a publié sur l'épuisement des recours internes[12]. Toutefois, peut-être en raison d'une mauvaise traduction, le Rapporteur spécial a indiqué par erreur que, selon M. Gaja, « l'épuisement des recours internes est un "présupposé" de l'illicéité »; M. Gaja a indiqué qu'en réalité, ce qu'il a dit est que l'épuisement des recours internes est une condition préalable de l'illicéité, même s'il a effectivement soutenu dans le même ouvrage qu'il s'agissait d'une condition de fond et non d'une condition de procédure. Son principal argument était que, lorsque les recours internes doivent être épuisés et ne l'ont pas été, la protection diplomatique ne peut être exercée, aucune réclamation en relation avec une violation alléguée ne peut être formulée et il ne peut être pris de contre-mesures. Il est légitime de se demander quelle est l'importance pratique d'une violation alléguée qui n'a aucune conséquence au niveau international ni pour l'État ni pour l'individu concerné, et qui n'ouvre droit à aucun recours. M. Gaja indique qu'il écrit dans son ouvrage que, comme cette condition préalable s'applique dans toutes les procédures relatives à un tel cas, on doit la considérer comme une condition de fond.

20. La question de la nature de la règle de l'épuisement des recours internes soulève des questions théoriques complexes; elle a aussi des incidences politiques, car la position selon laquelle il s'agit d'une règle de procédure est largement perçue comme minimisant l'importance d'une règle que nombre d'États considèrent comme fondamentale. Compte tenu de ces problèmes et de l'absence de consensus au sein de la Commission, il n'est peut-être pas judicieux que celle-ci fasse sienne l'une quelconque des thèses en présence. Le Rapporteur spécial a à juste titre contesté l'opportunité de l'article 22 du projet sur la responsabilité de l'État, un problème qui a été résolu en supprimant l'article en question et en adoptant, à l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[13], une approche neutre en ce qui concerne l'épuisement des recours internes. Peut-être serait-il également sage de supprimer les articles 12 et 13 du projet d'articles sur la protection diplomatique. Indéniablement, l'adoption de l'une ou l'autre des théories mentionnées par le Rapporteur spécial peut avoir des implications, mais elles ne sont pas d'une importance fondamentale et ne justifient pas l'inclusion des articles en question.

21. M. Gaja ne pense pas, quant à lui, que, parce que la règle de l'épuisement des recours internes serait une règle de fond, il est impossible d'y renoncer. Les États peuvent renoncer à une condition de recevabilité en ce qui concerne aussi bien une question de fond qu'une question de procédure. La question de la renonciation ne doit pas être traitée à la légère; dans l'affaire *ELSI*, une chambre de la CIJ a déclaré qu'elle « ne saurait accepter qu'on considère qu'un principe important du droit international coutumier a été tacitement écarté sans que l'intention de l'écarter soit verbalement précisée » [par. 50, p. 31 de l'arrêt du 20 juillet 1989]. De plus, M. Gaja a plaidé pour le Gouvernement italien dans l'affaire *ELSI*, et il ne pense pas comme le Rapporteur spécial qu'il était dans l'intérêt de l'Italie de considérer que la règle de l'épuisement des recours internes était une règle de procédure (A/CN.4/514, par. 51); de toutes façons, le Gouvernement italien n'a pas pris cette position.

22. M. BROWNLIE dit que, si le Rapporteur spécial réunit une masse de données importantes dans son troisième rapport, il s'est trop cantonné aux études doctrinales de l'épuisement des recours internes. La question de savoir si cet épuisement constitue une condition de fond ou une condition de procédure est dans une certaine mesure incontournable dans certaines circonstances, comme dans celles qui prévalaient dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*. Toutefois, pour M. Brownlie, cette distinction n'est ni très utile ni très pertinente dans le cadre d'une approche globale du problème. De manière générale, il souscrit à la position adoptée par Fawcett, dont l'intérêt pour la question des recours internes ne repose pas sur la théorie académique mais sur l'expérience pratique.

23. Il serait préférable de procéder à une étude empirique de la règle de l'épuisement des recours internes selon trois points de vue : politique générale, pratique et histoire. Des données très intéressantes figurent dans la pratique des États, en particulier dans des sources du XIXe siècle. Par exemple, si un expatrié britannique monte une entreprise performante en Ruritanie et que cette entreprise est détruite par une émeute, il va demander l'aide du consulat britannique. Toutefois, dans de telles circonstances, le Gouvernement britannique se montrera très réticent, eu égard au principe selon lequel un risque a été assumé parce que le propriétaire de l'entreprise a des liens volontaires et continus avec la Ruritanie. C'est pourquoi on le renvoie aux tribunaux locaux. L'opinion du gouvernement repose sur le bon sens et non sur l'alternative de procédure ou fond. Pour prendre un exemple moderne, Israël faisait valoir dans ses conclusions dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955 (Israël c. Bulgarie)* qu'il serait injuste d'exiger du gouvernement représen-

[12] G. Gaja, *L'Esaurimento dei ricorsi interni nel diritto internazionale*, Milan, Giuffrè, 1967.

[13] *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie) et rectificatif, chap. IV, par. 76, p. 26.

tant les victimes qui se trouvaient dans un avion israélien abattu par les forces de défense bulgares qu'il demande réparation devant les tribunaux bulgares, parce que ni les victimes ni leurs familles n'avaient de lien volontaire avec la Bulgarie.

24. Quoi qu'il en soit, même si une affaire est ultérieurement traitée par la voie diplomatique, il est utile que les tribunaux locaux établissent rapidement les faits. De plus, les gouvernements ont considéré que les affaires de faible importance ne devaient pas faire d'emblée l'objet d'une intervention diplomatique, car cela risquait de nuire aux relations diplomatiques entre les États. Pour toutes ces raisons, la Commission devrait accorder plus d'attention aux fondements politiques de la règle de l'épuisement des recours internes. D'un point de vue pratique, cette règle verra son importance croître si la Commission estime que les différends doivent être réglés sur le plan interne toutes les fois que cela est possible, et une règle exigeant un lien volontaire subordonnerait l'application de cette règle à diverses restrictions. Pour cette raison, il est regrettable que la question du lien volontaire, qui n'est qu'un aspect du contexte politique, n'ait été envisagée qu'à l'article 14. Celui qui lit les projets d'article dans l'ordre aura l'impression que la règle s'applique dans tous les cas. Si la Commission souhaite étudier plus avant la question de l'exigence d'un lien volontaire, une telle décision affectera l'article 10 et tous les articles suivants. Il serait donc prématuré de renvoyer cette partie du document au Comité de rédaction; l'insistance actuelle sur la distinction entre procédure et fond doit être sérieusement tempérée.

25. M. SIMMA fait observer, tout en souscrivant aux observations de M. Brownlie en ce qui concerne l'importance du lien volontaire, que le Rapporteur spécial indique clairement que la distinction entre fond et procédure revêtait une importance pratique dans le cadre du sujet à l'examen, comme l'atteste l'affaire des *Phosphates du Maroc*. De plus, M. Simma a tendance à penser avec M. Gaja qu'un État qui renonce à la règle de l'épuisement des recours internes doit être considéré comme ayant accepté un seuil plus bas s'agissant de la commission d'un fait internationalement illicite; certaines règles ne sont pas de caractère impératif mais peuvent faire l'objet d'un accord entre États.

26. M. BROWNLIE dit que l'affaire des *Phosphates du Maroc* est un exemple précis; l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* et l'exemple qu'il a donné concernant la Ruritanie, d'autre part, illustrent l'importance de l'existence ou de l'inexistence d'un lien volontaire entre la victime et l'État. La distinction entre procédure et fond est certes inévitable, et M. Brownlie ne dit pas qu'elle n'est pas applicable, mais il s'oppose à ce que l'on en fasse le cadre global de l'examen de la question. Ce n'est pas un instrument général adapté à l'étude du sujet.

27. M. PELLET dit qu'il fera son possible pour respecter les souhaits du Rapporteur spécial en ce qui concerne la portée du débat en cours, mais qu'il ne pourra s'abstenir totalement de parler de l'article 14. Les paragraphes 1 à 12 du troisième rapport n'appellent aucune observation particulière, mais M. Pellet est troublé par certaines affirmations péremptoires figurant aux paragraphes 13 à 17. Premièrement, en ce qui concerne le déni de justice, à la suite d'un long débat et malgré des opinions divergentes, la Commission a conclu que la question ne devait pas être expressément examinée dans le projet d'articles. M. Pellet est donc quelque peu surpris que le Rapporteur spécial annonce qu'il a l'intention d'y revenir. Si le début de chaque nouveau quinquennat doit servir de prétexte pour revenir sur des positions adoptées par la Commission les années précédentes, la Commission n'en finira jamais avec aucun sujet. Le Rapporteur spécial pourrait résister à la tentation de se prendre pour l'épouse d'Ulysse.

28. Sur le fond, M. Pellet réitère son opposition, pas nécessairement au fond des positions du Rapporteur spécial – d'ailleurs, fidèle au rôle de Pénélope qu'il s'est choisi, celui-ci ne les explique pas vraiment, mais se contente de promettre de le faire – mais à son angle d'attaque. Cette opposition ne tient pas tellement au fait que, si on aborde la question du déni de justice en tant que tel, la Commission s'intéressera à des règles primaires, car, après tout, la distinction n'est ni évidente ni gravée dans le marbre, et rien n'interdit en l'espèce à la Commission de s'intéresser aux règles primaires. L'opposition de M. Pellet tient au fait que le déni de justice n'est que l'une des manifestations de la règle plus générale selon laquelle les recours internes doivent être considérés comme épuisés s'ils n'ont pas abouti ou s'ils ne pouvaient pas aboutir. À cet égard, il lui semble à la lecture de la section du troisième rapport relative à l'article 14 que cet article pourra être rédigé de façon à couvrir le cas du déni de justice sans le nommer spécifiquement. Pour cette raison, M. Pellet est fermement convaincu qu'il serait préférable de ne pas examiner l'article 14 dans le cadre du Comité de rédaction sans avoir d'abord vu ce que propose le Rapporteur spécial en ce qui concerne le déni de justice, car l'hypothèse d'une fusion de l'article 14 avec un article sur le déni de justice doit demeurer ouverte. De plus, examiner le déni de justice obligerait la Commission à faire des incursions totalement inutiles dans le domaine du droit interne des États.

29. Par contre, M. Pellet n'a pas de problème en ce qui concerne l'idée d'étudier la clause Calvo dans le cadre du projet d'articles, même si la question de sa validité en droit international est une autre affaire. On pourrait dire, sur la base du seul droit national, qu'il s'agit d'une question distincte, bien qu'étroitement liée à celle de savoir qui est le titulaire du droit d'exercice de la protection diplomatique. Cela dit, il faudrait peut-être étudier de façon plus générale la question de la renonciation à la protection diplomatique (pas nécessairement au moyen d'une clause Calvo), par le bénéficiaire de cette protection ou l'État habilité à l'exercer. Ainsi, si la Commission doit examiner la clause Calvo de plus près et adopter une position ferme à cet égard, le Rapporteur spécial devrait aborder la question d'un point de vue plus large.

30. Il est encourageant que le Rapporteur spécial ait rappelé qu'il s'est engagé à s'attaquer à la question de la protection diplomatique des sociétés, et l'idée de créer un groupe de travail pour étudier cette question délicate est bonne. Toutefois, ce groupe de travail devrait être composé de quelques membres seulement car le sujet, hautement technique, ne se prête pas au « tourisme juridique ».

31. S'agissant du paragraphe 16, M. Pellet rappelle qu'il est fermement opposé à l'idée de « nationalité des réclamations ». La nationalité est un attribut non des réclamations, mais des personnes, navires ou aéronefs en

cause. La nationalité des réclamations est une notion de *common law* qui n'a pas sa place en droit international. Néanmoins, c'est à bon droit que le Rapporteur spécial souhaite exclure du projet d'articles la protection fonctionnelle et le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage ou des passagers (par. 16, al. *a* et *b*). Si ces questions sont toutes deux des extensions du sujet à l'examen, M. Pellet a cependant été convaincu par l'argument de M. Gaja selon lequel la Commission devrait se pencher sur la protection fonctionnelle lorsque la question se pose dans le cadre de la protection diplomatique. C'est également à bon droit que le Rapporteur spécial ne souhaite pas que l'on examine les situations dans lesquelles une organisation internationale contrôle un territoire. Il s'agit d'une forme de protection très spécifique, qui est au moins aussi étroitement liée à la protection fonctionnelle qu'à la protection diplomatique et, comme dans le cas des articles sur la responsabilité de l'État, la Commission devrait exclure de l'étude toutes les questions relatives aux organisations internationales. D'autre part, M. Pellet est beaucoup plus réticent s'agissant d'abandonner l'autre situation visée à l'alinéa *d* du paragraphe 16, celle dans laquelle un État administre ou contrôle un territoire qui n'est pas le sien. Il ne peut non plus accepter l'exclusion de la situation *c*, celle où un État exerce sa protection diplomatique au profit d'un national d'un autre État qui lui a délégué cet exercice. Ces deux situations relèvent bel et bien du sujet.

32. La raison en est que la protection diplomatique n'est qu'un prolongement du sujet de la responsabilité de l'État, dans le cadre duquel elle aurait dû, pour M. Pellet, être étudiée. Elle a, pour diverses raisons, été artificiellement détachée du sujet de la responsabilité de l'État. Il s'agit de déterminer comment un État peut obtenir réparation du préjudice causé à un de ses nationaux par le fait internationalement illicite d'un autre État. Ce sont les moyens de mettre en œuvre la responsabilité de l'État qui sont en cause. Et M. Pellet ne voit pas pourquoi on exclurait les deux situations qu'il a évoquées. Le cas du contrôle d'un territoire par un État peut se déduire de plusieurs des articles du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, en particulier les articles 8 et 11.

33. M. Pellet doute aussi que le sujet de la protection diplomatique puisse être complètement couvert si l'on n'examine pas les effets de l'exercice de cette protection. Le Rapporteur spécial pourrait peut-être aborder cet aspect du sujet dans ses prochains rapports.

34. S'agissant des articles 12 et 13, M. Pellet souscrit aux observations de M. Brownlie et de M. Gaja presque sans réserve. Comme il a déjà eu l'occasion de le dire, il ne comprend pas la fascination qu'exerce sur le Rapporteur spécial la question de savoir si les règles de la protection diplomatique sont des règles de fond ou des règles de procédure. On peut comprendre pourquoi Roberto Ago s'y est intéressé dans le cadre du sujet initial de la responsabilité de l'État : pour lui, il s'agissait de savoir à quel moment un fait internationalement illicite est commis. Il est toutefois manifeste qu'Ago avait un parti pris en raison des positions qu'il avait prises dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, et il faut dire que ces positions ne sont pas tenables. Quoi qu'il en soit, il était légitime de poser la question en ces termes. Par contre, lorsque l'on envisage cette question purement dans le contexte de la protection diplomatique, elle semble perdre sa pertinence; et M. Pellet pense avec Schwarzenberger que la question est purement théorique[14]. Le postulat est qu'un fait internationalement illicite a été commis; la seule question qu'il faille examiner est ainsi de savoir à quelles conditions, et peut-être selon quelles procédures, réparation peut être demandée lorsqu'un individu est lésé; car, en l'absence de fait internationalement illicite, la protection diplomatique n'a pas à être exercée.

35. Vue sous cet angle, la question est simple : la protection diplomatique est une procédure permettant de mettre en œuvre la responsabilité internationale de l'État; l'épuisement des recours internes est une condition de l'application de cette procédure; et il importe peu qu'il s'agisse d'une règle de fond ou d'une règle de procédure. Cette position est illustrée non seulement par le projet d'article 10 proposé par le Rapporteur spécial à la session précédente[15], mais aussi par l'excellente formulation adoptée en 1929 par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930[16], citée au paragraphe 37 du deuxième rapport. C'est aussi la position adoptée à l'alinéa *b* de l'article 44 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté à la session précédente. D'autre part, M. Pellet ne voit pas l'intérêt, dans le projet d'articles présenté à l'Association de droit international[17] et cité au paragraphe 43 du deuxième rapport, de qualifier de « procédurale » le mot « condition ».

36. C'est pourquoi, à son grand regret, M. Pellet ne voit pas l'intérêt des projets d'articles 12 et 13. Le projet d'article 10, clairement, et le projet d'article 11, de façon plus confuse, disent ce qui est reconnu par tous et a été clairement énoncé en 1929, à savoir que « [l]a responsabilité internationale de l'État ne peut être mise en jeu, pour ce qui est de la réparation du dommage subi par l'étranger, qu'après épuisement des voies de recours ouvertes par le droit interne à l'individu lésé »[18]. C'est bien dit, et cela suffit. Encore une fois, par hypothèse, un fait internationalement illicite doit avoir été commis avant que la question de la protection diplomatique ne se pose. Si un État peut en réparer les conséquences dans son ordre interne, cette possibilité doit lui être donnée. C'est la raison d'être même de la règle de l'épuisement des recours internes. Si les observations de M. Brownlie sont factuellement et historiquement correctes, l'État n'en doit pas moins se voir d'abord accorder la possibilité de faire amende honorable. Si la responsabilité naît du fait que des recours ne sont pas ouverts, il va de soi qu'ils n'ont pas à être épuisés et le cas relève de l'article 14. Mais dans un cas comme dans l'autre, les articles 12 et 13 ne servent à rien.

---

[14] G. Schwarzenberger, *International Law*, 3e éd., Londres, Stevens, 1957, vol. I, p. 611.

[15] *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VII, p. 213.

[16] Voir Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 16; reproduit dans *Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 2, base de discussion no 27, p. 225.

[17] Voir *supra* note 9.

[18] Texte des articles adoptés en première lecture par la Troisième Commission de la Conférence pour la codification du droit international (La Haye, 1930), doc. C.351(c).M.145(c).1930.V; reproduit dans *Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 3, article IV, p. 226.

37. Ceci ne veut pas dire que M. Pellet soit en désaccord, sur le fond, avec les développements du Rapporteur spécial. Comme celui-ci, il est favorable à une « troisième voie », et entend le montrer à l'aide d'exemples différents de ceux cités par le Rapporteur spécial, en particulier parce qu'il n'a pas été convaincu par l'exemple de l'apartheid, qui lui semble sans pertinence. On voit mal, dans le cas de l'apartheid, quel État aurait pu exercer sa protection diplomatique au bénéfice des victimes. On peut citer deux meilleurs exemples pour montrer que les articles 12 et 13 ne sont pas nécessaires.

38. Dans le premier exemple, l'État A nationalise les biens d'un national de l'État B sans lui accorder d'indemnisation, un acte qui viole manifestement une règle du droit international positif contemporain. Au regard des articles 1 et 2 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, il est clair que la responsabilité de l'État A est engagée; mais il peut réparer les conséquences préjudiciables, et l'État B ne peut exercer sa protection diplomatique tant que les recours internes n'ont pas été épuisés. C'est ce que dit l'article 10, et donc les articles 12 et 13 ne sont pas nécessaires.

39. Dans le second exemple, un national de l'État D conteste devant les tribunaux de l'État C le montant d'un impôt auquel lui-même et les nationaux de l'État C sont assujettis. Dans un tel cas, aucune règle du droit international n'a été violée. Toutefois, tous les tribunaux de l'État C, y compris sa cour suprême, rejettent la demande du national de l'État D au motif que les étrangers imposables n'ont aucun droit de recours. Ceci constituerait une discrimination illicite, et ce serait la décision définitive de la cour suprême qui engagerait la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Or le problème de l'épuisement des recours internes ne se poserait pas, les recours internes étant soit impossibles, soit voués à l'échec. Ainsi, la règle énoncée à l'article 14 s'appliquerait et, une fois encore, ni l'article 12 ni l'article 13 ne seront d'une quelconque utilité. En fait, il n'existe pas de situation dans laquelle ils seraient utiles. L'article 10 couvre le premier cas, l'article 14 le second; et il n'y a pas de situation intermédiaire.

40. Le libellé de l'article 12 est en outre contestable. M. Pellet rappelle qu'il a déjà manifesté son opposition à l'utilisation de l'expression « de procédure ». Mais il y a plus grave : comment une violation du droit interne pourrait-elle en elle-même constituer un fait internationalement illicite ? Ceci semble être en contradiction tant avec l'esprit qu'avec la lettre du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et, en particulier, avec l'article 3 dudit projet.

41. Quoi qu'il en soit, les réserves de M. Pellet en ce qui concerne les articles 12 et 13 concernent non leur libellé, qui peut être modifié, mais leur fonction. Il estime qu'ils n'en ont aucune. C'est pourquoi, à son grand regret, comme M. Gaja et M. Brownlie, il ne peut appuyer la proposition du Rapporteur spécial de renvoyer les articles 12 et 13 au Comité de rédaction, et ceci d'autant plus que certains passages du deuxième rapport les concernant pourraient assurément être repris dans le commentaire des articles 10, 11 et 14.

42. M. SIMMA demande des éclaircissements à M. Pellet au sujet de son observation selon laquelle il conviendrait d'étudier davantage les effets de la protection diplomatique.

43. M. PELLET dit qu'il faudrait peut-être réfléchir davantage à la question de savoir à partir de quel moment on doit considérer qu'un État exerce sa protection diplomatique. Le fait qu'un État exerce sa protection diplomatique pour le compte d'une personne qui a la double nationalité empêche-t-il l'autre État dont l'intéressé est un national d'exercer sa protection diplomatique ? Si des recours internationaux directs sont ouverts à une personne physique ou morale, l'exercice de la protection diplomatique, en supposant qu'il soit possible, empêche-t-il l'intéressé de se prévaloir des voies d'accès directes au droit international ? Ou, à l'inverse, la saisine d'un organe international empêche-t-elle l'État d'exercer sa protection diplomatique ?

44. LE PRÉSIDENT dit que M. Simma et M. Pellet semblent être en désaccord sur les aspects formels du commencement du processus de la protection diplomatique. Existe-t-il une ligne dont le franchissement a des conséquences automatiques, ou des zones grises dans lesquelles deux pays peuvent tous deux exercer ce qui se révèlera finalement être la protection diplomatique ?

45. M. PELLET déclare qu'il n'y a pas vraiment de désaccord, et que le Président a raison lorsqu'il dit que le problème consiste à déterminer le moment à partir duquel un État exerce sa protection diplomatique, et qu'il existe probablement des zones grises. Il faut ensuite déterminer ce qui se passe lorsqu'un État exerce sa protection diplomatique : cela a-t-il un autre effet que celui de déclencher les mécanismes de réparation ? Cela empêche-t-il, par exemple, de prendre certaines mesures au niveau international ? Là encore, une fois que le moment est déterminé, la question est-elle réglée ? Pour M. Pellet, la réponse est négative, et c'est sur ce point qu'il souhaiterait convaincre le Rapporteur spécial.

46. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que les observations de M. Pellet sur les effets de la protection diplomatique soulèvent la question de savoir si le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique est discrétionnaire. L'État peut-il seul déterminer le moment à partir duquel l'action internationale peut commencer, ou est-ce que le droit peut le faire ? Les observations de M. Pellet répondent également aux préoccupations exprimées par M. Simma, qui se demandait comment fonctionnait le mécanisme une fois que la notification usuelle avait été faite. Qui y était associé et qui en était écarté ?

47. M. OPERTTI BADAN dit qu'il faudrait se demander si le principe général de prévention qui fait partie du droit procédural s'applique lorsqu'un individu a plusieurs nationalités, par conséquent plusieurs sources de protection, et qu'un État exerce sa protection diplomatique. Assurément, ce principe, qui régit les comportements en droit interne et selon lequel l'institution initialement saisie d'une question la suit jusqu'au bout, s'applique également au droit international.

48. M. PELLET dit que son idée peut être illustrée par l'exemple suivant : une personne ayant la double natio-

nalité uruguayenne et française subit un préjudice au Gabon. L'Uruguay est plus rapide que la France et exerce sa protection diplomatique. Cela empêche-t-il la France d'exercer sa protection diplomatique ?

49. M. BROWNLIE dit que la question des modalités de la protection peut faire l'objet d'un débat très nourri, mais qu'elle devrait peut-être être examinée dans le cadre du programme de travail à long terme de la Commission. Le sujet dont est saisi le Rapporteur spécial est déjà assez complexe et il n'est peut-être pas judicieux d'aggraver cette complexité. Quant au principe de prévention, il est fréquent que des États exercent ce qu'on pourrait appeler la protection diplomatique par anticipation : ils informent d'autres gouvernements que, si une certaine situation se produit, ils pourront se trouver contraints d'exercer leur protection diplomatique au profit de leurs nationaux dont les intérêts semblent être menacés par l'État de résidence.

50. M. SIMMA, se référant au paragraphe 7 du troisième rapport, dans lequel le Rapporteur spécial énumère les questions qui, selon lui, ne doivent pas être traitées dans le projet d'articles, dit qu'il n'est pas d'accord avec le Rapporteur spécial. La première de ces questions est celle de la protection diplomatique de leurs fonctionnaires par les organisations internationales. Il pense avec M. Gaja qu'il s'agit d'un sujet distinct mais qui a des liens avec la protection diplomatique, comme l'a montré la CIJ dans son avis consultatif en l'affaire Bernadotte (*Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*). La relation entre la protection fonctionnelle et la protection diplomatique devrait être étudiée très soigneusement et il faudrait probablement mentionner la première dans le projet d'articles.

51. La démarche adoptée par le Rapporteur spécial semble être une démarche décidément généraliste et traditionaliste, la protection diplomatique purifiée de tout ce qui est nouveau, et M. Simma n'est pas convaincu qu'elle soit la bonne. Par exemple, le Rapporteur spécial s'oppose à toute mention dans le projet d'articles du droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage. M. Gaja a déjà appelé l'attention sur l'*Affaire du navire « Saiga »* jugée par le Tribunal international du droit de la mer. On peut aussi citer l'alinéa *c* de l'article 14, aux termes duquel les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'il n'y a pas de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur. Le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses que la Commission a adopté à sa cinquante-troisième session[19] contient une disposition sur l'égalité d'accès. Pour M. Simma, cela signifie qu'une personne qui n'avait aucun lien volontaire avec l'Ukraine mais a été touchée par un incident comme celui de Tchernobyl pourrait bénéficier des recours internes de l'Ukraine si ce pays les ouvrait aux nationaux des pays affectés par la pollution transfrontière ayant découlé de l'accident. Il s'agit d'un problème très actuel, qui risque de se poser de plus en plus souvent à l'avenir, notamment en ce qui concerne le terrorisme bénéficiant d'un appui international, et pourtant il n'est pas abordé dans le rapport.

[19] *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap.V, par. 97, p. 156.

52. La troisième question que le Rapporteur spécial voudrait exclure, à savoir l'exercice par un État de sa protection diplomatique au profit d'un national d'un autre État qui lui a délégué cet exercice, doit à l'évidence être envisagée dans le projet. Pour M. Simma, il est difficile d'imaginer un autre problème qui corresponde aussi directement à ce que la Commission devrait s'efforcer de faire dans le cadre de ses travaux sur la protection diplomatique. Quant à la quatrième question, le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire, il pense avec MM. Pellet et Gaja qu'il faut distinguer entre le cas où c'est une organisation internationale qui administre un territoire, une situation plus proche de la protection fonctionnelle et qui devrait donc être laissée de côté pour le moment, et le cas où c'est un État qui administre un territoire autre que le sien et dans lequel des questions de protection diplomatique peuvent se poser qui devraient être étudiées plus avant.

53. M. CANDIOTI dit que la Commission a retenu pour l'étude du sujet une approche générale axée sur les règles de la nationalité et de l'épuisement des recours internes, mais qu'il lui semble se souvenir qu'au départ la doctrine des « mains propres » avait été mentionnée. Faut-il ou non en parler dans le projet d'articles pour déterminer jusqu'où la Commission entend aller dans son travail de codification ?

54. M. TOMKA, se référant à l'exemple de l'incident de Tchernobyl donné par M. Simma, dit qu'en matière de protection diplomatique on postule qu'il y a eu violation du droit international. Dans le cas de l'incident de Tchernobyl, par contre, ce sont des activités licites qui ont causé les dommages. M. Simma a aussi évoqué le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières, mais celui-ci traite d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international et vise à gérer le risque que comportent de telles activités.

55. M. PELLET dit qu'il lui semble que M. Simma a évoqué l'incident de Tchernobyl dans un contexte plus théorique, se demandant si le fait pour l'Ukraine de ne pas ouvrir de recours interne aux étrangers constituait une violation du droit international. L'affaire de Tchernobyl est une affaire contemporaine assez complexe et l'on ne peut exclure que l'Ukraine ait violé son obligation de prévention.

56. M. SIMMA indique qu'il a voulu dire que des domaines voisins du droit international pouvaient intéresser l'étude de la protection diplomatique. En cas de pollution transfrontière, par exemple, si des recours sont ouverts à la population locale mais non aux étrangers, le problème relève de la protection diplomatique, et spécialement de l'alinéa *c* de l'article 14. Si des recours internes sont ouverts aux étrangers, si ceux-ci ne les exercent pas et si l'État de leur nationalité exerce sa protection diplomatique à leur profit, l'État d'accueil pourrait se plaindre de ce qu'ayant ouvert tous les recours internes nécessaires, nul n'a daigné saisir ses tribunaux.

57. M. DUGARD (Rapporteur spécial), répondant à titre préliminaire aux observations faites jusqu'alors et espérant nourrir le débat, remercie M. Gaja d'avoir qualifié son rapport de novateur. D'autre part, M. Simma semble penser qu'il défend une position extrêmement traditiona-

liste et orthodoxe. Les questions dont il souhaite qu'elles ne soient pas traitées dans le projet d'articles peuvent, comme l'a suggéré M. Gaja, être mentionnées dans le commentaire, et il est totalement favorable à cette solution.

58. Les membres de la Commission se souviendront que la question de la délégation du droit d'exercer la protection diplomatique visée à l'alinéa *c* de l'article 16 figurant dans son troisième rapport est en partie traitée dans le cadre de la continuité de la nationalité, et selon une opinion elle devrait être traitée plus exhaustivement à l'article 9. Le Rapporteur spécial partage cette opinion, et c'est pourquoi il préférerait ne pas avoir à la traiter de manière plus exhaustive dans le cadre de l'article 14. La doctrine des « mains propres » sera envisagée à l'article 5 ou, éventuellement, dans le commentaire de cet article : il conviendra d'indiquer qu'un État ne peut formuler une réclamation que si son national est de bonne foi.

59. M. Pellet s'est déclaré surpris que l'on reparle du déni de justice. Pour le Rapporteur spécial, toutes les questions qui relèvent directement de la protection diplomatique, en particulier prise dans son acception classique, doivent être prises en considération. Au stade actuel, le Rapporteur spécial n'est pas favorable à l'élaboration d'un article sur le déni de justice pour les raisons avancées notamment par M. Pellet. Pourtant, le déni de justice et la clause Calvo occupent une place éminente dans l'évolution de la protection diplomatique, en particulier en Amérique latine, et plusieurs membres de la Commission originaires de cette région ont à plusieurs reprises soulevé cette question. La Commission doit décider si elle souhaite traiter le sujet ou non, et c'est pourquoi le Rapporteur spécial l'a évoqué.

60. Quant à savoir si la règle des recours internes est une condition de fond ou une condition de procédure, le Rapporteur spécial n'est pas particulièrement attaché à cette distinction, contrairement à ce qu'a suggéré M. Brownlie, bien qu'il la trouve intéressante, et il pense avec ce dernier qu'elle ne saurait servir de cadre général à l'étude de la protection diplomatique. Toutefois, comme M. Brownlie l'a lui-même souligné, on ne peut totalement éluder la question de l'épuisement des recours internes, et cela pour diverses raisons : elle occupe une place centrale dans la première partie du projet d'articles de Roberto Ago sur la responsabilité des États adopté provisoirement en première lecture par la Commission à sa trente-deuxième session[20], et en particulier l'article 22 de ce projet, et dans tout ce qui a été écrit sur la règle de l'épuisement des recours internes. Elle a des implications pratiques. Dans l'affaire des *Phosphates du Maroc*, la Cour s'est souciée du moment où le fait internationalement illicite s'était produit. Le problème s'est aussi posé en matière de nationalité des réclamations, parce que l'étranger lésé doit être un national de l'État en question au moment où le préjudice est causé. À quel moment le préjudice est-il causé, lorsque l'acte est commis ou lorsque les recours internes sont épuisés ? La renonciation présente des difficultés, et M. Gaja a formulé un argument qui mérite assurément qu'on l'examine.

61. Le Rapporteur spécial dit qu'il est prêt à admettre que les articles 12 et 13 ne sont pas bien rédigés, mais la Commission ne peut passer sous silence la question de l'épuisement des recours internes. Elle doit décider à quel moment naît la responsabilité internationale dans ce contexte. Il engage vivement les membres à faire des observations sur le sujet au cours du débat.

62. M. BROWNLIE dit que le Rapporteur spécial n'a pas écouté ses critiques avec suffisamment d'attention. Ce qu'il a dit au sujet de la distinction entre condition de fond et condition de procédure n'est pas qu'elle n'était jamais nécessaire, mais qu'elle ne pouvait servir de fondement à l'examen de la protection diplomatique. Le Rapporteur spécial n'a mentionné aucune des questions de principe qu'il avait soulevées et les trois positions théoriques qu'il a évoquées, et qui constituaient la substance de sa déclaration.

63. M. DUGARD (Rapporteur spécial) rappelle qu'il a indiqué qu'il ne réagissait qu'à titre préliminaire au débat qui avait eu lieu jusqu'alors, afin de faciliter la poursuite de celui-ci. Il n'a pas essayé de répondre à tous les arguments importants avancés, mais il ne manquera pas de le faire par la suite.

Organisation des travaux de la session *(suite)*

[Point 2 de l'ordre du jour]

64. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) annonce que, compte tenu des souhaits des membres et de la nécessité d'une représentation équitable des régions et des langues, il a été décidé que le Comité de rédaction serait, pour le sujet de la protection diplomatique, composé comme suit : M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Gaja, M. Galicki, M. Momtaz, M. Rodríguez Cedeño, M. Rosenstock, M. Simma, Mme Xue, M. Dugard (Rapporteur spécial) et M. Kuznetsov (Rapporteur, membre de droit). Les membres de la Commission qui ne sont pas membres du Comité de rédaction pourront assister aux réunions du Comité à condition qu'ils fassent preuve de retenue dans leurs interventions.

La séance est levée à 13 heures.

2713e SÉANCE

Mercredi 1er mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comis-

[20] *Annuaire... 1980*, vol. II (2e partie), p. 8.

sário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. SIMMA dit qu'il s'exprimera sur trois points. Les deux premiers ont été abordés lors de la séance précédente : il s'agit de la règle des « mains propres » et de la notion de « prévention ». Le troisième concerne les articles 12 et 13 du projet d'articles.

2. En ce qui concerne la règle des « mains propres », évoquée par M. Candioti, elle a, certes, toute sa place dans le débat sur la protection diplomatique. Néanmoins, il ne semble pas qu'elle puisse faire l'objet d'un traitement particulier. Le même cas de figure s'est présenté lorsque la Commission, en examinant le sujet de la responsabilité des États, s'est demandé si la liste des circonstances excluant l'illicéité devait être complétée par une allusion à la règle des « mains propres ». Elle a jugé que cette notion devait indéniablement être prise en compte mais qu'elle ne pouvait certainement pas constituer une circonstance excluant l'illicéité. Dans le contexte du débat sur la protection diplomatique, il s'agit avant tout de savoir à qui la règle des « mains propres » doit s'appliquer. Il peut s'agir de l'État de nationalité ou de l'État qui est responsable du préjudice, auquel cas il appartient aux instances internes de trancher. Il peut s'agir aussi, et c'est le cas qui intéresse le plus la Commission, de la personne qui a subi le préjudice. Or, le fait que cette personne n'a pas les « mains propres » ne peut en aucune manière justifier qu'elle soit privée de son droit à une protection diplomatique. En conclusion, si la règle des « mains propres » ne peut être laissée de côté, elle ne doit pas davantage occuper une place spécifique dans le projet d'articles.

3. Pour ce qui est de la notion de prévention, M. Simma approuve la remarque que M. Brownlie a faite à la séance précédente à propos d'éléments qui se situent en dehors du processus de la protection diplomatique *stricto sensu*, à savoir les circonstances qui précèdent la commission du fait internationalement illicite. Il serait tout à fait pertinent de les examiner plus en détail, en veillant toutefois à ne pas entrer dans des considérations qui risqueraient de prêter à confusion.

4. Le troisième point, le plus important pour M. Simma, est le libellé des articles 12 et 13. Les critiques qui ont été faites à la séance précédente l'ont amené à penser qu'il faudrait reformuler l'article 12 en retirant les éléments jugés inutiles par plusieurs membres de la Commission. On a souvent exprimé l'opinion que la Commission ne devait pas se prononcer à propos d'un point de doctrine, c'est–à-dire déterminer si l'épuisement des recours internes était une question de procédure ou de fond. Si l'on retire les éléments controversés, à savoir les mots « de procédure », la formulation du début de l'article 12 devient redondante et l'on peut utilement la remplacer par « Les recours internes doivent être épuisés avant qu'un État puisse formuler une réclamation internationale, etc. ». Le texte ainsi obtenu est quasiment identique à celui de l'article 10, qui énonce également le principe de l'épuisement des recours internes, à l'exception des derniers mots : « lorsque le fait en question est une violation tant du droit interne que du droit international ». Or, le Rapporteur spécial a expliqué qu'il s'était appuyé à cet égard sur ce qu'il considérait comme l'une des études les plus importantes sur le sujet, à savoir celle de Fawcett[4]. Celui-ci envisage trois cas de figure. Il convient de se demander si, dans l'un ou l'autre de ces cas, le fait d'éliminer complètement l'article 12 et de s'en tenir à l'article 10 poserait un problème.

5. Dans le premier cas, à savoir celui où le préjudice est causé par une violation du droit international mais non du droit interne, il est évident que la règle de l'épuisement des recours internes n'intervient pas. Dans le deuxième cas, où le préjudice découle d'une violation du droit interne mais pas du droit international, la question qui se pose est celle du déni de justice. M. Simma est tout à fait disposé à envisager que la Commission codifie une règle concernant le déni de justice mais, en tout état de cause, cela n'a rien à voir avec la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de fond ou une règle de procédure. L'on en vient donc au troisième cas, celui où le préjudice découle à la fois d'une violation du droit interne et d'une violation du droit international. M. Simma est d'avis qu'il est déjà parfaitement couvert par le projet d'article 10. En conclusion, il pense, avec M. Brownlie, que la question de la distinction entre règle de procédure et règle de fond ne peut être éludée mais qu'elle serait plus à sa place dans le commentaire.

6. M. BROWNLIE émet de sérieuses réserves à propos du statut juridique de la notion de « mains propres ». En effet, elle n'entre pas réellement dans le cadre du sujet de la protection diplomatique. Il faudrait peut-être préciser que, même si on part du principe qu'elle a un statut juridique, ce n'est pas une question qui puisse remettre en cause le droit d'un État d'exercer la protection diplomatique. Toutefois, cette notion est peu utilisée, si ce n'est comme argument de dernier recours et la Commission doit donc veiller à ne pas la légitimer, en quelque sorte, « par accident ». En ce qui concerne la distinction entre fond et procédure, M. Brownlie espère que la Commission parviendra à des résultats concrets et, si le Rapporteur spécial est disposé à réévaluer l'importance de cette distinction, il souhaiterait que la Commission suive les suggestions pratiques émises par M. Simma.

---

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[4] Voir 2712e séance, note 11.

7. Le PRÉSIDENT, s'exprimant à titre personnel, espère que la Commission n'est pas en train de se prononcer à propos de la règle des « mains propres », mais d'indiquer simplement qu'elle laisse cette question de côté.

8. Mme ESCARAMEIA est d'avis que les articles 12 et 13 sont utiles, mais pas dans leur libellé actuel. Elle avait, jusque-là, toujours pensé que la question des recours internes était uniquement une question de procédure mais après avoir entendu, à la séance précédente, l'intervention de M. Gaja, et s'être documentée sur le sujet, elle reconnaît que la conception selon laquelle l'épuisement des recours internes est une condition de fond est pertinente. Cela permet d'éviter d'aboutir à un résultat injuste, par exemple lorsqu'il y a eu un changement de nationalité qui limite la possibilité pour l'État demandeur d'intervenir en faveur de son national et que ce changement est tout à fait involontaire. Si l'on soutient que le droit de formuler une réclamation naît au moment où le préjudice est causé, le jugement risque fort de ne pas être équitable. Cela étant, la principale question que doivent régler les articles 12 et 13 est celle du moment à partir duquel une réclamation est fondée. Il serait possible de dire qu'en règle générale, le droit de formuler une réclamation prendrait effet au moment de la commission de l'acte illicite, mais qu'il existe des exceptions. Reformulés de cette manière, les articles 12 et 13 ne feraient plus double emploi avec l'article 10. Pour ce qui est de la notion de prévention, Mme Escarameia est d'accord avec l'idée qu'il s'agit d'une question importante, mais qui doit être traitée avec précaution, car certains faits éventuellement survenus avant la commission de l'acte illicite ne relèvent pas nécessairement de la protection diplomatique.

9. M. PELLET dit que la notion de prévention le laisse perplexe. Il rappelle que la protection diplomatique ne naît qu'une fois qu'un préjudice a été causé. Que veut-on donc prévenir ? Prévenir la protection diplomatique n'aurait aucun sens. Quant à prévenir la commission du fait illicite, cela n'entre pas dans le cadre du débat. Il est étonné que l'on parle de prévention dans le contexte de la protection diplomatique et estime que cette notion n'a rien à voir avec le sujet. En revanche, en ce qui concerne la règle des « mains propres », il n'est pas d'accord avec M. Brownlie. Il considère en effet qu'il est légitime de se poser cette question dès lors qu'il y a protection diplomatique. Le fait que la personne en faveur de laquelle la protection diplomatique est exercée a ou non les « mains propres » ne peut être laissé de côté et, quelles que soient les conclusions que l'on en tire, il importe que cette question soit posée. Le Rapporteur spécial devrait donc éclairer la Commission sur cette question, beaucoup plus importante que celle du déni de justice et, en outre, directement liée au sujet à l'examen.

10. M. GAJA, revenant sur les différentes hypothèses évoquées dans l'étude de Fawcett, dit craindre que la distinction entre les recours disponibles en vertu du droit interne et les recours disponibles en vertu du droit international, de par la dualité de conceptions qu'elle traduit, ne donne lieu à un débat théorique qui compliquerait inutilement la question. Il considère qu'il s'agit là d'un motif supplémentaire pour éliminer l'article 12.

11. M. DUGARD (Rapporteur spécial) préférerait ne pas poursuivre le débat sur la règle des « mains propres ». Il rappelle que la question des « mains propres » peut se poser à propos de l'individu lésé, de l'État demandeur ou de l'État défendeur et qu'il est donc difficile de formuler une règle qui soit applicable dans tous les cas. Il espère que les interventions de certains membres ne signifient pas que ceux-ci attendent de lui qu'il définisse une règle générale sur cette question, et estime qu'elle devrait plutôt être traitée dans le commentaire.

12. M. SIMMA pense qu'il y a eu malentendu car ni M. Candioti, à la séance précédente, ni lui-même, à la séance en cours, ne voulaient dire que le Rapporteur spécial devait élaborer une règle générale. Ils estiment simplement que la question des « mains propres » est tout à fait pertinente dans le contexte de la protection diplomatique mais ils sont d'accord pour qu'elle soit plutôt traitée dans le commentaire.

13. Mme XUE est d'avis que les trois théories relatives à l'épuisement des recours internes envisagées aux articles 12 et 13, quoique correctes théoriquement, ne présentent guère d'intérêt pratique. La question qui se pose, en réalité, est de savoir dans quelle mesure la personne lésée est tenue d'avoir épuisé les voies de recours internes qui lui sont ouvertes, et c'est ce que fait l'article 14. Faire une distinction entre conditions de procédure et conditions de fond compliquerait immensément la tâche de la Commission, car il faudrait entrer dans le détail des recours qui doivent être épuisés. Il serait préférable de considérer que tout fait internationalement illicite qui ne peut être redressé au niveau interne doit l'être dans l'ordre international. L'article 14 s'efforce de clarifier les exceptions en matière d'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Dans ces cas, il est entendu que les lois internes auxquelles la personne se soumet doivent comprendre les lois nationales ainsi que les lois internationales (conventions ou droit coutumier) auxquelles l'État dont elle est ressortissante a souscrit. Ainsi, même s'il y a violation du droit international, l'État de nationalité n'est pas fondé à porter immédiatement l'affaire au plan international. La personne lésée doit encore épuiser les recours internes. Pour Mme Xue, ce serait une façon commode d'aborder la question puisque, quelle que soit la façon dont on caractérise cette condition (de fond ou de procédure), il serait très clair que les recours internes doivent être épuisés avant qu'un État puisse formuler une réclamation internationale.

14. M. PELLET ne pense pas que le Rapporteur spécial doive faire une étude exhaustive et générale de la question des « mains propres », surtout si l'on en a une conception aussi abusivement large que certains membres de la Commission. Tel est le cas, notamment, lorsque l'on se demande si l'État auteur du fait internationalement illicite a les mains propres ou non. Il a forcément les mains sales puisqu'il a commis un fait internationalement illicite. Par contre, il est légitime de se demander si le fait que la personne lésée a elle-même commis un fait illicite ou s'est mise dans une situation telle qu'on peut lui reprocher d'avoir les mains sales empêche la protection diplomatique de s'exercer. Cette question est tout à fait pertinente et l'on ne voit pas pourquoi le Rapporteur spécial l'éluderait.

15. En ce qui concerne les articles 12 et 13, comme l'a indiqué Mme Escarameia, le problème est de savoir s'il y

a d'une part une règle générale et d'autre part une exception. Il y a effectivement une règle générale, qui est d'épuiser les recours internes, et il y a des cas dans lesquels cela n'est pas obligatoire. Lorsque c'est en fait le non-respect du droit au recours qui est en jeu et qui constitue le fait internationalement illicite, il est bien évidemment impossible que l'on doive recourir à la règle. C'est, si l'on veut, une exception, mais cela confirme que, décidément, les articles 12 et 13 ne servent à rien.

16. M. SIMMA croit faire partie des membres dont M. Pellet a dit qu'ils avaient une conception abusivement large de la notion de « mains propres ». Il a en effet mentionné dans ce contexte le cas de l'État de résidence accusé d'avoir violé les droits d'un étranger, déclenchant par là même le scénario de la protection diplomatique. Ce qu'il voulait faire, en fait, c'était d'envisager tous les cas possibles puis de procéder par élimination. Or il a précisément éliminé ce cas de figure en utilisant les arguments présentés par M. Pellet et s'excuse d'avoir fait preuve en l'occurrence d'une systématisation toute germanique.

17. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'au risque de décevoir M. Pellet, il a rédigé un additif au rapport examiné, dans lequel il traite de la clause Calvo et évoque une situation de « mains sales » dans laquelle la personne passe avec le gouvernement de l'État de résidence un contrat dans lequel elle s'engage à épuiser les recours internes puis, sans même tenter de se prévaloir de ces recours, porte immédiatement son affaire au plan international et s'empresse de demander la protection diplomatique de son propre gouvernement. Cette question sera examinée en temps opportun. C'est sans doute l'un des contextes les plus importants dans lesquels il est nécessaire d'examiner la doctrine des « mains sales » et de la protection diplomatique.

18. M. FOMBA fait observer tout d'abord que la rentrée de la CDI est pour les nouveaux membres une période de tâtonnement. Il conviendrait donc de veiller à mieux les préparer en indiquant à l'avance, si possible, le premier sujet à débattre, en leur envoyant les documents y relatifs et en faisant l'état des lieux des travaux sur chaque sujet. M. Fomba remercie donc le Rapporteur spécial d'avoir précisément récapitulé, dans l'introduction de son troisième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/523 et Add.1), l'état actuel de l'étude du sujet. Il en ressort qu'à ses quarante-neuvième et cinquantième sessions, en 1997 et 1998, la Commission avait créé deux groupes de travail qui lui ont présenté des rapports[5] qu'elle a adoptés. Il serait intéressant de faire distribuer ces rapports car cela permettrait de mieux connaître la genèse du sujet et d'apprécier son évolution. Il serait aussi utile de savoir comment le Rapporteur spécial situe sa propre démarche par rapport à l'esprit des conclusions et recommandations de ces groupes de travail. Pour ce qui le concerne, M. Fomba approuve globalement la façon d'aborder le sujet telle qu'elle a été définie par le groupe de travail de la cinquantième session et approuvée par la Commission, et qui est exposée aux alinéas *a* à *d* du paragraphe 4 du troisième rapport. En ce qui concerne le renvoi des projets d'articles 9, 10 et 11 au Comité de rédaction, il serait utile de mettre à disposition les textes de ces projets d'article et de faire le point du débat auquel ils ont pu donner lieu.

19. S'agissant de la démarche suivie par le Rapporteur spécial, qui invite la Commission à choisir entre des règles qu'il qualifie de concurrentes selon un certain nombre de critères, M. Fomba pense que cette démarche renvoie à la question du rôle statutaire de la Commission en matière de codification et de développement progressif, et donc aux difficultés qui y sont liées. D'autre part, le Rapporteur spécial dit qu'il n'impose aucune solution, mais il doit néanmoins s'efforcer de convaincre la Commission de la pertinence et du bien-fondé technique de telle ou telle solution proposée. M. Fomba note avec satisfaction que, pour aider la Commission, le Rapporteur spécial a établi dans le rapport une partie explicative mentionnant les différentes règles ou variantes de règles, accompagnées de la jurisprudence pertinente. Cela devrait permettre aux uns et aux autres de se prononcer.

20. Pour ce qui est de l'orientation future du projet d'articles, M. Fomba juge essentiel de clarifier la nature du lien dialectique entre le fait internationalement illicite, la responsabilité internationale qui en découle et la mise en œuvre de celle-ci, comme cela a été dit par M. Pellet à la séance précédente. Comme ce dernier, d'ailleurs, il pense que l'expression « nationalité de la réclamation » n'est pas correcte du point de vue des juristes francophones.

21. La règle de l'épuisement des recours internes est qualifiée de condition tantôt de fond, tantôt de forme. Cela suscite des débats stimulants qui ne devraient pas faire perdre de vue l'objectif essentiel, à savoir la fonctionnalité des règles et l'acceptabilité la plus large des solutions qui seront proposées. Les difficultés que cela soulève pourraient être tournées en la considérant comme une « condition tout court », c'est-à-dire en adoptant une formulation plus neutre. Quant au déni de justice, présenté comme une des manifestations importantes de la règle de l'épuisement des recours internes, il est utile et important de savoir que la Commission n'a pas prévu d'en parler expressément, ainsi que l'a rappelé M. Pellet. Si l'on devait donc élargir le projet, il faudrait le faire de façon neutre également.

22. La distinction entre règles primaires et règles secondaires appelle elle aussi une approche pratique et souple. Pour ce qui est de la clause Calvo, au-delà des questions juridiques qu'elle pose évidemment, M. Fomba est d'avis qu'il faut l'étudier, mais de façon générale, dans le cadre de l'approche globale de la question de la renonciation à la protection diplomatique. S'agissant de la protection des personnes morales, M. Fomba appuie la suggestion du Rapporteur spécial de créer un groupe de travail restreint.

23. Quant aux autres sujets, plusieurs relèvent de la question de la responsabilité des organisations internationales, notamment de la protection fonctionnelle ou du contrôle d'un territoire par une organisation internationale. Pour M. Fomba, il conviendrait de ne pas faire d'amalgame, et donc de clarifier les choses en regroupant les questions qui se rattachent à cette problématique générale. On pourrait également réfléchir au sujet prévu, notamment, au paragraphe 16 du troisième rapport, comme à d'autres sujets, par exemple ceux de la cession du droit

[5] Voir *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), chap. VIII, par. 171, p. 61, et *Annuaire... 1998*, vol. II (2e partie), chap. V, par. 108, p. 50 et 51.

de protection ou des effets de l'exercice de la protection diplomatique.

24. Enfin, en ce qui concerne les projets d'articles 12 et 13, M. Fomba partage largement le point de vue exprimé par M. Pellet, pour les raisons qu'il a brillamment développées. Cela étant, si une position majoritaire se dégageait pour renvoyer ces articles au Comité de rédaction, il serait naturellement disposé à s'y rallier.

25. M. BROWNLIE dit qu'il a écouté avec intérêt l'excellent tour d'horizon fait par M. Fomba. Il y a un point sur lequel il est en désaccord, à savoir l'idée que l'on devrait associer les travaux sur la protection diplomatique à une forme ou une autre d'étude du déni de justice. M. Brownlie pense parfois que la Commission manifeste des inclinations suicidaires. Le déni de justice fait partie du droit positif et d'un sujet plus vaste, qui est le traitement des étrangers. Il n'a aucun rapport avec la protection diplomatique. Il se trouve simplement que, lorsque des étrangers saisissent les tribunaux, ils peuvent parfois être victimes d'un déni de justice, et cela peut arriver sans que cela ait un rapport quelconque avec les circonstances dans lesquelles les voies de recours internes ont été utilisées en tant que telles. Cela peut se produire chaque fois qu'un plaideur, personne physique ou morale, se tourne volontairement vers les tribunaux nationaux d'un État donné. Il semble donc tout à fait inutile d'aborder le sujet du déni de justice. Ce serait totalement illogique et cela entraînerait la Commission dans d'énormes difficultés. M. Brownlie ne comprend tout simplement pas pourquoi certains membres pensent le contraire.

26. M. OPERTTI BADAN estime que la question du déni de justice touche à un problème de fond dans la mesure où il s'agit de l'égalité de traitement entre étrangers et nationaux dans l'accès aux systèmes judiciaires. Ce sujet est abondamment traité dans le droit international privé, et il existe, notamment au niveau interaméricain, des conventions à ce sujet, comme les deux Protocoles additionnels aux Traités de droit international privé de Montevideo, qui prévoient que les étrangers peuvent accéder aux mêmes recours que les nationaux, droit réaffirmé par d'autres textes plus récents. Il lui paraît difficile de faire totalement abstraction de cette question du déni de justice, qui peut être une des situations donnant lieu à l'exercice de la protection diplomatique.

27. M. MANSFIELD explique que, tout en étant un expert indépendant, il pense pouvoir apporter la perspective propre à un petit pays éloigné. Il ne voit rien de surprenant au fait que, malgré l'abondance de la doctrine et de la jurisprudence en la matière, le sujet, comme l'a observé le Rapporteur spécial, est pour une grande part marqué par l'incohérence et les contradictions. La pratique de chaque État est influencée par de très nombreux éléments tels que l'effet éventuel de la mise en œuvre de la protection diplomatique sur la relation que l'État concerné entretient à un moment donné avec l'autre État, la gravité du préjudice, ou la publicité donnée à l'affaire, toutes considérations qui pèsent un poids d'autant plus lourd que l'État est petit. S'il reste utile de codifier, il est peu probable que la pratique semble jamais uniforme. Aussi M. Mansfield est-il d'accord pour dire avec le Rapporteur spécial que, lorsqu'il s'avère nécessaire de choisir entre des normes concurrentes, on ne doit pas s'en remettre au seul poids de ce qui fait autorité, mais veiller également à édicter des règles équitables pour la société internationale contemporaine.

28. S'agissant de l'ampleur du domaine visé par le projet d'articles, il lui paraît préférable, pour des raisons pratiques, de ne pas trop l'étendre, même si les liens avec d'autres questions nécessitant un travail de codification doivent dans certains cas être précisés. La question de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales est de nature à intéresser les petit pays dont beaucoup ont des ressortissants employés par des organisations internationales. Si la possibilité de protection relève uniquement de l'État de nationalité, il existera un risque d'inégalité de traitement entre ces fonctionnaires. Toutefois, elle doit être considérée comme un sujet à part. Un autre sujet mentionné a été l'exercice par délégation de la protection diplomatique. Cette question, à première vue, paraît importante pour les petits pays et pourrait mériter d'être traitée dans le projet d'articles. À la réflexion, il semble toutefois que, dans la pratique, un État, même disposé à prêter assistance par différentes mesures à un autre État n'ayant pas la possibilité de protéger un de ses ressortissants, n'irait pas jusqu'à formuler une réclamation officielle par délégation. C'est pourquoi M. Mansfield estime, comme le Rapporteur spécial, qu'il n'est pas nécessaire de traiter ce point dans le projet d'articles.

29. S'agissant des projets d'articles 12 et 13, il semble que l'abondance de documentation en la matière empêche de voir clairement les raisons qui sous-tendent la règle relative à l'épuisement des recours internes, qui sont importantes et qu'il conviendrait d'inclure dans le commentaire. Il lui semble par ailleurs nécessaire de déterminer s'il s'agit d'une question de fond ou de procédure. M. Mansfield estime que le troisième point de vue évoqué au paragraphe 32 du deuxième rapport (A/CN.4/514) est le plus convaincant. Quant à dire s'il est indispensable de trancher dès à présent, cela dépend à son avis de l'existence ou non de conséquences concrètes d'une telle décision. Il appelle l'attention sur la question, soulevée au paragraphe 33 du deuxième rapport, de l'incidence de la solution retenue sur la possibilité d'un jugement déclaratif lorsque les recours n'ont pas été épuisés. Là encore, adoptant la perspective d'un petit pays, il souligne que, dans certains cas, l'épuisement des recours internes peut s'avérer impossible, notamment en raison d'un coût prohibitif de la procédure. Un jugement déclaratif, obtenu alors que les recours internes n'ont pas été épuisés, pourrait alors être une réponse partielle, qui conduirait au moins à des changements de pratiques. Cela ne sera toutefois pas possible si la règle de l'épuisement des recours internes est considérée comme une règle de fond. M. Mansfield, quant à lui, est favorable au troisième point de vue et estime que les projets d'articles 12 et 13 doivent être maintenus, en étant éventuellement reformulés.

30. M. TOMKA félicite le Rapporteur spécial de sa détermination à achever les travaux sur la protection diplomatique au cours du quinquennat qui commence.

31. Malgré l'abondance de textes divergents, il ne s'agit pas, à son sens, de choisir entre des règles concurrentes, mais bien entre différentes interprétations de la règle coutumière. La Commission a pour mission de proposer une formulation de celle-ci qu'il appartiendra aux États d'approuver ou de désapprouver, ce qui pourrait les amener ultérieurement à proposer de nouvelles règles.

32. M. Tomka juge inopportun d'examiner dans le cadre actuel la question de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales.

33. S'agissant des projets d'articles 12 et 13, il est intéressant de débattre de la question de savoir s'ils traitent d'une règle de fond ou de procédure, mais il convient de rappeler que cette distinction a été faite à l'origine dans une autre optique, et notamment en vue de déterminer le moment précis de la commission du fait illicite. M. Tomka propose, dans un souci d'harmonisation, de suivre l'approche retenue lors de la session précédente pour l'article 44 intitulé « Recevabilité de la demande » du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[6].

34. D'autre part, comme d'autres membres, M. Tomka estime que l'article 12 n'apporte pas grand-chose de plus que l'article 10 et propose de le renvoyer au Comité de rédaction, qui serait chargé d'en revoir la formulation conjointement avec celle de l'article 10. Le projet d'article 13, par contre, n'a pas sa place dans le projet, puisqu'il vise une situation où le préjudice résulte d'une violation du droit interne. Or la protection diplomatique ne peut entrer en jeu que s'il y a un fait illicite international et, par conséquent, l'article 13 devrait être supprimé.

35. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant son troisième rapport, dit qu'il limitera pour l'heure son propos à l'article 14, notamment à ses alinéas *a*, *e* et *f*. Cela dit, il précise que le débat sur les articles 12 et 13 reste ouvert et qu'il fera part ultérieurement de ses conclusions sur leur sort et leur renvoi ou non au Comité de rédaction.

36. L'article 14 est un article « fourre-tout » qui traite des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, répondant en cela aux critiques formulées à propos de l'article 10 aussi bien par la Commission que par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à leurs dernières sessions respectives au motif que seul devrait être visé l'épuisement de tous les recours juridiques internes adéquats et efficaces. Le Rapporteur spécial se range volontiers à cette idée, mais à condition de consacrer une disposition distincte à la question des recours inefficaces ou futiles. La raison principale en est que les États défendeurs et les États demandeurs partagent la charge de la preuve, comme il est dit à l'article 15, les premiers devant prouver que des recours internes sont disponibles et les seconds rapporter la preuve que ces recours sont inefficaces ou futiles. Écartant le terme générique « inefficace » en raison de son imprécision et bien que l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté en première lecture[7] exige l'épuisement des seuls recours « efficaces », le Rapporteur spécial soumet à la Commission, pour examen, trois critères trouvant tous fondement dans la jurisprudence et la littérature, pour définir ce qu'est un recours interne « inefficace » : un recours interne est inefficace lorsqu'il est « manifestement futile », « n'offre aucune perspective raisonnable de succès », ou « n'offre aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace ». Il ajoute à ce propos que le déni de justice, qui est intimement lié à nombre d'éléments de la règle de l'épuisement des recours internes, y compris l'efficacité, peut être considéré en l'occurrence comme ayant un caractère secondaire. Il entend examiner dans un additif au troisième rapport la place de cette notion dans le présent contexte et attend sur ce point les observations des membres de la Commission.

37. S'agissant du premier critère dit de la « futilité manifeste », qui veut que l'inefficacité du recours interne soit immédiatement apparente, le Rapporteur spécial précise qu'il a été jugé trop strict, aussi bien par des auteurs que par la CIJ dans l'affaire *ELSI*. Quant au deuxième critère, qui exige seulement que le demandeur prouve que les recours internes « n'offrent aucune perspective raisonnable de succès », il a été jugé trop faible. Reste le troisième, qui combine les deux autres, selon lequel les recours internes « n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace » et qui semble au Rapporteur spécial le plus approprié.

38. Expliquant sa position, le Rapporteur spécial cite des circonstances dans lesquelles des recours internes ont été jugés inefficaces ou futiles : incompétence de la juridiction interne en l'espèce (par exemple, affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* portée devant la CPJI, par. 38 du rapport); impossibilité pour les tribunaux internes de ne pas appliquer le texte de loi en cause, par exemple un décret portant confiscation de biens (par. 40 du rapport); absence notoire d'indépendance des tribunaux internes (affaire *Robert E. Brown*, par. 41 du rapport); existence d'une jurisprudence constante bien établie défavorable à l'étranger (par. 42 du rapport); absence dans l'État défendeur d'un système adéquat de protection judiciaire (par. 44 du rapport). Ces exemples militent assurément en faveur de la troisième option, qui requiert des tribunaux qu'ils examinent toutes les circonstances de l'affaire, notamment l'indépendance de la justice dans l'État défendeur, l'aptitude des juridictions internes à juger en toute équité, l'existence d'une jurisprudence défavorable aux étrangers lésés. Il serait donc bon que la Commission la retienne.

39. Passant à l'alinéa *e* de l'article 14, qui prévoit que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque le défendeur est responsable d'un retard abusif dans l'administration d'un recours interne, le Rapporteur spécial dit que la disposition est étayée par divers travaux de codification, les instruments relatifs aux droits de l'homme et la jurisprudence, par exemple les décisions rendues dans l'affaire *El Oro Mining and Railway Co.* et l'affaire *Interhandel* (par. 97 du rapport). Il reste que cette exception à la règle de l'épuisement des recours internes est difficile à manier

[6] Voir 2712e séance, note 13.

[7] Ibid., note 7.

dans le cas d'affaires complexes, en particulier celles qui mettent en jeu des personnes morales. Elle pourrait certes être jointe à l'exception visée à l'alinéa *a*, mais elle mérite d'être maintenue sous forme de disposition séparée à titre d'avertissement à l'adresse de l'État défendeur afin qu'il ne retarde pas abusivement la saisine de ses tribunaux.

40. S'agissant enfin de l'alinéa *f* de l'article 14, qui prévoit que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque l'État défendeur empêche l'individu lésé d'avoir accès à ses institutions qui administrent ces recours internes, il s'impose dans l'actualité : en effet, il n'est pas rare qu'un État défendeur refuse l'accès à ses tribunaux à un étranger lésé en alléguant des raisons de sécurité ou en refusant de lui délivrer un visa d'entrée sur son territoire. La jurisprudence des droits de l'homme va dans le sens de cette proposition.

41. Le Rapporteur spécial attend avec intérêt les observations des membres de la Commission.

42. M. PELLET se demande pourquoi l'article 14 est ainsi présenté de façon fragmentaire et sans qu'il soit question de l'article 15 (charge de la preuve), qui n'est justement pas sans rapport avec les alinéas *a*, *e* et *f*. Pour sa part, il ne saurait procéder à une analyse de ces dispositions sans se référer à l'article 15.

43. M. DUGARD (Rapporteur spécial) considère que la démarche qu'il a choisie est la meilleure : les questions visées aux alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14 (respectivement, futilité, retard abusif et refus d'accès) sont différentes de celles visées aux alinéas *b*, *c* et *d* de l'article (respectivement, renonciation et estoppel, lien volontaire et lien de rattachement territorial). Il se conformera aux vœux des membres de la Commission, si ceux-ci veulent attendre la présentation de l'article 15 pour se prononcer.

44. Le PRÉSIDENT pense qu'il serait plus judicieux que le Rapporteur spécial aille plus avant dans la présentation de son rapport.

45. M. SIMMA ne trouve rien à redire à cette présentation parcellaire du rapport à l'étude, mais estime, comme M. Pellet, que la question de la charge de la preuve a un lien avec celles de la futilité, du retard abusif et du refus d'accès aux tribunaux. Il serait illogique de traiter séparément les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14 pour y revenir lors de l'examen de l'article 15. Toutes ces dispositions devraient être examinées ensemble; quant à celles des alinéas *b*, *c* et *d* de l'article 14, il est vrai qu'elles n'ont rien à voir avec la question de la charge de la preuve.

46. M. DUGARD (Rapporteur spécial) croit en effet que les alinéas *b*, *c* et *d* de l'article 14 peuvent être examinés séparément des alinéas *a*, *e* et *f* de ce même article. Il se déclare prêt à présenter à la séance suivante l'article 15.

Organisation des travaux de la session *(suite)*

[Point 2 de l'ordre du jour]

47. M. CANDIOTI (Président du Groupe de planification) indique que le Groupe de planification sera composé des membres suivants : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Tomka et M. Kuznetsov, membre de droit.

La séance est levée à 12 h 50.

2714e SÉANCE

Jeudi 2 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Hommage à la mémoire de Paul Szasz

1. Le PRÉSIDENT dit que c'est avec une profonde tristesse qu'il lui faut annoncer que Paul Szasz, collègue et ami de nombreux membres de la Commission, est décédé.

À l'invitation du Président, les membres de la Commission observent une minute de silence.

Organisation des travaux de la session *(suite)*

[Point 2 de l'ordre du jour]

2. Le PRÉSIDENT annonce que la Commission a été félicitée pour le travail qu'elle accomplit par M. Sergei Ordzhonikidze, Secrétaire général adjoint, Directeur général de l'Office des Nations Unies à Genève, et par M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique. Le Groupe de planification de la Commission a fait des progrès lors de sa première réunion, mais il n'a pas fini ses travaux, en particulier

s'agissant de choisir un nouveau sujet en plus de la responsabilité des organisations internationales et de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (*liability*). Il encourage les membres de la Commission qui ne sont pas membres du Groupe de planification à envisager de participer au choix du nouveau sujet et à étudier, à cette fin, l'annexe du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session[1], qui contient la liste des sujets possibles ainsi qu'un bref aperçu de leur contenu éventuel.

Protection diplomatique[2] *(suite)* [A/CN.4/514[3], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[4], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

3. M. DUGARD (Rapporteur spécial), poursuivant la présentation de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1), dit que les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14 concernent la futilité ou l'inefficacité, en d'autres termes les situations dans lesquelles un État n'est pas tenu d'épuiser les recours internes, par exemple lorsque ceux-ci sont manifestement futiles, lorsqu'ils n'offrent aucune perspective raisonnable de succès ou n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation effective devant les tribunaux de l'État défendeur. Il a été demandé aux membres de la Commission d'envisager ces trois situations afin de décider laquelle donnait le mieux effet à la règle de la futilité ou de l'inefficacité. Le Rapporteur spécial est, quant à lui, favorable au troisième critère. M. Pellet a suggéré qu'il serait utile que le Rapporteur spécial présente l'article 15, qui concerne la charge de la preuve, parce qu'il va de pair avec les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14. Néanmoins, deux autres aspects de l'article 14 doivent encore être présentés : la renonciation, qui fait l'objet de l'alinéa *b*, et le lien volontaire et le rattachement territorial, qui font l'objet des alinéas *c* et *d*, respectivement. Ils soulèvent des problèmes très différents et peut-être est-il préférable de les laisser de côté pour le moment.

4. Dans un procès international, la charge de la preuve concerne ce qui doit être prouvé et la désignation de la partie qui doit le prouver. C'est un sujet difficile à codifier, d'abord parce qu'il n'existe pas, en droit international, de règles détaillées comparables à celles qui existent dans la plupart des systèmes juridiques nationaux et, deuxièmement, parce que les circonstances varient d'une affaire à l'autre et qu'il est difficile d'énoncer des règles générales applicables dans tous les cas. Le sujet est néanmoins important du point de vue de l'épuisement des recours internes et le projet doit contenir une règle sur ce point. Quelles règles peuvent être dégagées de la doctrine et de la jurisprudence sur le sujet ?

5. Un principe général semble être largement admis, qui entre dans la catégorie des principes de droit acceptés par les nations civilisées, à savoir qu'il incombe à la partie qui affirme quelque chose de le prouver. Ce principe est consacré au paragraphe 1 de l'article 15. Le Rapporteur spécial indique qu'il a cité au paragraphe 102 de son rapport un certain nombre d'adages latins qui étayent ce principe, même s'il faut informer les nouveaux membres qu'il n'y a pas au sein de la Commission de consensus quant à l'opportunité d'utiliser des formules latines.

6. Cependant, le principe général ne suffit pas. La Commission doit aller plus loin et essayer de fixer d'autres règles. Pour le Rapporteur spécial, deux autres principes sont importants, et il les a énoncés au paragraphe 2 de l'article 15. Ils ont trait à la charge de la preuve du point de vue de la disponibilité et de l'efficacité des recours internes. Lors des précédentes tentatives de codification de la règle de l'épuisement des recours internes, on s'est appliqué à résister à la tentation d'élaborer des dispositions sur ces principes. L'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États adopté par la Commission à sa quarante-huitième session[5] est muet sur ce point. Néanmoins, comme indiqué au paragraphe 103 du rapport[6], Juliane Kokott a le mérite d'avoir tenté d'énoncer les principes.

7. Le sujet a aussi été examiné de manière assez approfondie par les organes chargés de surveiller l'application des traités relatifs aux droits de l'homme, et leur jurisprudence étaye deux propositions, à savoir que l'État défendeur doit prouver qu'un recours était ouvert que l'État demandeur n'a pas épuisé, et que, si des recours sont disponibles, l'État demandeur doit prouver que ces recours étaient inefficaces ou que la règle de l'épuisement des recours internes n'était pas applicable pour d'autres raisons. Cette jurisprudence est néanmoins dictée par les instruments ayant créé les organes en question et l'on peut douter que les principes énoncés par ces derniers constituent tels quels des principes généraux de la protection diplomatique.

8. Quant aux décisions judiciaires et arbitrales, dans les principales affaires concernant la règle de l'épuisement des recours internes, le sujet a été soit abordé directement par le tribunal soit commenté par l'une des parties dans ses écritures. Le Rapporteur spécial indique que les principes qu'il a retenus sont dans une certaine mesure confirmés par les décisions rendues dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, les affaires *Ambatielos*, *ELSI*, de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* et des *Emprunts norvégiens*. Bien que le discours tenu par le conseil ou le tribunal dans ces affaires ne soit pas toujours clair, on peut tirer deux conclusions. Premièrement, la charge de la preuve incombe à l'État défendeur, en ce que celui-ci doit prouver qu'il existait des recours internes, et, deuxièmement, cette charge passe ensuite à l'État demandeur, à qui il appartient de prouver, s'il existe des recours internes, qu'ils ne

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

[2] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

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

[4] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[5] Voir 2712e séance, note 7.

[6] Ibid., note 9.

sont pas efficaces ou qu'une autre exception s'applique, par exemple qu'un préjudice direct lui a été causé.

9. Il est pourtant difficile d'énoncer des règles générales, car les faits de chaque espèce peuvent appeler une solution différente. L'affaire des *Emprunts norvégiens*, fréquemment citée sur le sujet, illustre ce point. La France avait pris fait et cause pour des Français dont elle alléguait qu'ils avaient subi un préjudice du fait de la Norvège. La Norvège avait admis qu'il lui appartenait de prouver l'existence de recours internes disponibles mais arguait que la France devait prouver, si elle déclarait que ces recours étaient inefficaces, que tel était bien le cas. La France faisait valoir que la législation l'empêchait de porter l'affaire devant les tribunaux norvégiens et que cette législation, *prima facie*, rendait les recours internes futiles. C'est dans ce contexte que le juge Lauterpacht a posé quatre principes qui bénéficient d'un appui considérable en doctrine : il appartient à l'État demandeur de prouver qu'il n'existe pas de recours efficace susceptible d'être exercé; cette preuve n'est pas nécessaire s'il existe une loi qui, à première vue, prive les demandeurs particuliers d'un recours; dans ce cas, il appartient à l'État défendeur de démontrer que, nonobstant l'absence apparente d'un recours, son existence peut raisonnablement être présumée; et la charge de la preuve ne doit pas être indûment stricte.

10. Pour le Rapporteur spécial, le fait que Lauterpacht a énoncé quatre principes ne nuit pas à sa propre position, qui consiste à en retenir deux, car Lauterpacht s'est prononcé compte tenu des circonstances inhabituelles de l'affaire des *Emprunts norvégiens*. L'hypothèse retenue par le Rapporteur spécial est appuyée par Jiménez de Aréchaga dans un de ses cours[7], cité au paragraphe 115 du rapport. Le Rapporteur spécial estime donc qu'il existe essentiellement deux règles sur la disponibilité et l'efficacité des recours internes, et elles sont énoncées aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 de l'article 15.

11. La Commission est maintenant saisie des articles 12, 13 et 15 et de certaines parties de l'article 14, qui concernent la futilité, le retard abusif et le refus d'accès. Le Rapporteur spécial invite de nouveau les membres de la Commission à limiter leurs observations à ces dispositions, en laissant de côté les parties de l'article 14 qui concernent la renonciation, le lien volontaire et le rattachement territorial, qu'il présentera ultérieurement.

12. M. MOMTAZ, remerciant le Rapporteur spécial de son excellent rapport, distribué suffisamment à l'avance pour permettre aux membres de l'étudier avec soin, dit qu'il souhaite en premier lieu faire des observations sur la direction que doivent prendre les travaux futurs. Le Rapporteur spécial a proposé de limiter la portée du sujet en vue d'achever l'examen du projet d'articles en seconde lecture d'ici la fin du quinquennat. Cette intention est louable et ne peut que renforcer la crédibilité de la Commission, mais elle ne doit pas amener celle-ci à prendre des raccourcis nuisibles à l'évolution du droit international dans ce domaine. Le projet d'articles devrait par ailleurs énoncer des directives sur la protection fonctionnelle des fonctionnaires des organisations internationales afin que les États puissent régler les problèmes pouvant éventuellement se poser à cet égard. Une organisation internationale est-elle habilitée à exercer sa protection fonctionnelle si l'État dont le fonctionnaire concerné est un national exerce sa protection diplomatique ? L'État peut-il se voir accorder la priorité dans ce domaine et l'organisation internationale est-elle, peut-être, placée dans une position inférieure ? Telles sont les questions qu'a soulevées la CIJ dans son avis consultatif du 11 avril 1949 en ce qui concerne la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* et ces questions n'ont toujours pas reçu de réponses.

13. L'évolution du droit international se caractérise par un souci de respect des droits de l'homme de plus en plus marqué. Le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de formuler une réclamation au nom de l'équipage, s'il ne mérite peut-être pas un article distinct, pourrait être mentionné dans le commentaire de l'article 8. Il pourrait en être de même en ce qui concerne la situation des individus vivant sur un territoire administré par une organisation internationale à la suite d'abus ou d'atrocités commis par certains États. Des événements survenus récemment fournissent des exemples de telles situations.

14. Quant à la doctrine des « mains propres », mentionnée par M. Candioti, au sujet de laquelle M. Brownlie et M. Pellet ont engagé un débat très intéressant, M. Momtaz penche en faveur de la thèse avancée par M. Brownlie pour un certain nombre de raisons. S'il est vrai que les étrangers ont droit aux garanties d'une procédure régulière dans leurs pays de résidence, et qu'ils sont tenus, en contrepartie, de respecter les lois et règlements de ces pays, dans certains cas, la législation interne de l'État en cause pourrait être contraire au droit international. À l'évidence, dans une telle situation, la théorie des « mains propres » n'a pas de raison d'être. Les plaidoiries de Paul Reuter devant la CIJ dans l'affaire de la *Barcelona Traction* étayent également la thèse de M. Brownlie. Reuter a souligné le caractère hétérogène de cette condition de recevabilité des réclamations internationales et a fait observer que la théorie des « mains propres » restait à élaborer. On peut aussi citer, à l'appui de la thèse de M. Brownlie, une étude publiée dans les années 60 par Jean Salmon, un juriste belge, à la suite d'une étude poussée des sentences arbitrales et des décisions des commissions de réclamations[8].

15. Pour ce qui est de la question de l'épuisement des recours internes et plus particulièrement de celle de savoir s'il s'agit d'une condition de procédure ou de fond, M. Momtaz rejoint ceux qui ont exprimé des doutes sur la nécessité de s'engager dans cette voie. Comme le Rapporteur spécial le montre dans son dernier rapport, la distinction s'est posée initialement durant la codification du droit de la responsabilité de l'État, plus particulièrement lorsqu'on a voulu déterminer à partir de quel moment un fait internationalement illicite pouvait engager la responsabilité de l'État auteur. En d'autres termes, la question se posait de savoir si la responsabilité de l'État pouvait être engagée dès que le fait illicite avait été commis, et ce,

[7] E. Jiménez de Aréchaga, "International responsibility", *Manual of Public International Law*, textes réunis par M. Sørensen, Londres, Macmillan, 1968, p. 531.

[8] J. J. A. Salmon, « Des "mains propres" comme condition de recevabilité des réclamations internationales », *Annuaire français de droit international*, vol. X (1964), p. 225.

indépendamment de l'épuisement des recours internes. La réponse à cette question varie suivant que l'on considère l'épuisement des recours internes comme une condition de procédure ou comme une condition de fond. Pour M. Momtaz, cette question ne concerne pas la protection diplomatique, domaine dans lequel on postule l'existence d'un fait internationalement illicite. M. Momtaz souscrit aux observations de M. Pellet sur ce point. Il est seulement nécessaire d'énoncer la règle de l'épuisement des recours internes qui s'appliquera, comme le Rapporteur spécial l'a fait observer, lorsque le préjudice causé à un étranger résulte d'une violation du droit interne. Dans un tel cas, l'épuisement des recours internes sera incontestablement une condition de fond, non une condition de procédure, mais il n'est nul besoin de le dire dans le projet d'articles. D'autre part, lorsque le préjudice découle d'une violation du droit international, l'épuisement des recours internes est uniquement une condition de procédure. L'exercice de la protection diplomatique peut même être envisagé à défaut du respect de la règle de l'épuisement des recours internes et ce, d'autant plus que, dans certains cas, l'acte en question peut n'être pas interdit par le droit interne; en l'occurrence, le recours à la règle est manifestement futile.

16. M. PELLET dit qu'il juge la position de M. Momtaz sur la doctrine des « mains propres » quelque peu difficile à comprendre. Ce qu'il en a dit semble exact, mais il aboutit à une conclusion erronée. Certes, la théorie n'a pas encore été développée dans le contexte de la protection diplomatique, mais peut-être le moment de le faire est-il précisément venu. Le sujet intrigue les juristes depuis longtemps, et plutôt que d'examiner le problème puis de s'en détourner, le moment est venu pour la Commission de le régler. Il est vrai que, dans certains cas, la législation interne peut être contraire au droit international, et la question est alors de savoir si la personne lésée est tenue de respecter le droit interne. Elle ne serait probablement pas considérée comme ayant les « mains sales », mais comme ayant les « mains propres », et le problème ne se poserait donc pas. Pourtant, il s'agit d'une exception à la règle des « mains propres » et M. Pellet ne voit pas comment l'on peut y voir une raison de ne pas étudier le problème. Il pense également que le droit interne est généralement réputé conforme au droit international.

17. M. GAJA, se référant d'abord à l'article 14, dit qu'il pense avec le Rapporteur spécial que le fait de qualifier d'« efficaces » les recours devant être épuisés en application de l'article 10 ne rendrait pas inutile une disposition plus précise sur l'efficacité. C'est ce que vise l'article 14 aux alinéas *a*, *e* et *f*. M. Gaja exprime sa préférence pour l'option 2 à l'alinéa *a*; celui-ci pourrait certes être mieux rédigé, mais il traduit bien l'idée fondamentale selon laquelle un recours ne doit être épuisé que s'il existe une perspective raisonnable de succès. Il serait également préférable de parler de « recours » au singulier, car c'est l'efficacité de chaque recours disponible qui doit être évaluée.

18. L'exception prévue à l'alinéa *e*, à savoir celle du retard abusif, renvoie à un aspect de l'efficacité qui mérite peut-être une mention spéciale. Pour M. Gaja, plutôt que de parler d'un « retard abusif dans l'administration d'un recours interne », le texte devrait viser la situation où le tribunal a statué avec retard sur un recours exercé. Le problème est que les tribunaux prennent un temps abusivement long pour statuer.

19. Quant à l'alinéa *f*, si l'accès à un recours est empêché, il est légitime de conclure qu'il n'y a pas de recours. Le texte de cet alinéa n'exprime pas ce que l'on veut exprimer. Les paragraphes 100 et 101 du troisième rapport visent une situation différente, celle dans laquelle un étranger se voit refuser l'entrée du territoire de l'État auteur ou dans laquelle la sécurité de l'étranger est en péril s'il entre sur ce territoire. De tels éléments seront rarement décisifs dans le cadre des recours civils. Normalement, la présence physique du demandeur sur le territoire de l'État dans lequel il souhaite exercer un recours civil n'est pas requise. L'exception devrait être limitée aux cas dans lesquels sa présence semble être une condition du succès de son recours. Peut-être est-il suffisant de mentionner une telle possibilité dans le commentaire comme relevant du critère plus général de l'efficacité tel qu'énoncé à l'alinéa *a*.

20. Pour ce qui est de l'article 15, M. Gaja n'est pas convaincu que les règles régissant l'administration de la preuve relèvent en tant que telles du sujet. Si elles en relèvent, la Commission doit aussi examiner les questions touchant la preuve de la nationalité. Quoi qu'il en soit, les règles coutumières en matière de preuve, s'il en existe, sont difficiles à établir. Les principes les plus fondamentaux en la matière, y compris la charge de la preuve, sont différents dans les pays de *common law* et dans les pays de droit civil. Les pays de droit civil n'ont pas de système de preuve *prima facie*, et cela a un impact devant les cours et les tribunaux internationaux. Les règles régissant la preuve varient aussi énormément suivant le type de procédure internationale. La procédure devant la CIJ est extrêmement différente de celle qu'appliquent les organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme. De plus, le même organe conventionnel peut avoir des règles de preuve différentes à chaque stade de la procédure. Par exemple, la Cour européenne des droits de l'homme peut déclarer une requête irrecevable parce que les recours internes n'ont pas été épuisés même sans le notifier à l'État défendeur. Si l'État défendeur fait l'objet d'une notification, son attitude à cet égard devient alors pertinente, parce que, s'il n'a pas objecté que les recours internes n'ont pas été épuisés, la Cour n'examinera pas la question d'office. Dans ce contexte, on pourrait également dire que, si un État fait valoir que les recours internes n'ont pas été épuisés, la charge de la preuve qui lui incombe est plus lourde que ce qu'imposent à l'État défendeur d'autres procédures internationales. Toute disposition relative à la charge de la preuve, quelle qu'elle soit, est soumise aux principes et règles applicables à certaines procédures.

21. Rappeler le principe général selon lequel la partie qui affirme quelque chose doit le prouver, comme au paragraphe 1 de l'article 15, n'est guère utile. Il s'agit d'une maxime ancienne qui n'était de toute façon pas exacte. Ce qui importe n'est pas vraiment l'allégation, mais l'intérêt que peut avoir la partie à établir un certain fait qui semble être pertinent. Bien que le paragraphe 1 évoque l'épuisement des recours internes, une proposition générale de ce type est totalement déplacée dans un projet d'articles sur la protection diplomatique.

22. La distinction « norvégienne » faite au paragraphe 2 de l'article 15 entre la disponibilité d'un recours, que doit établir l'État défendeur, et son inefficacité, que l'État demandeur doit prouver, est quelque peu artificielle. Un recours qui n'offre aucune chance de succès, c'est-à-dire qui n'est pas efficace, n'a pas besoin d'être épuisé. Ainsi, l'intérêt de l'État défendeur va plus loin que l'établissement de l'existence d'un recours. Cet État doit aussi montrer que le recours avait une chance raisonnable d'aboutir. Des passages de l'arrêt *ELSI* semblent donner à penser que l'État défendeur doit uniquement démontrer qu'un recours est disponible. Mais il n'est guère contesté que le recours existait; ce qui était en cause était l'efficacité du recours en l'absence de jurisprudence pertinente au moment du préjudice invoqué. Il s'agissait d'une question d'efficacité plus que de disponibilité.

23. On pourrait trouver dans la doctrine et dans la jurisprudence des exemples montrant que la charge de la preuve incombe à l'État défendeur en ce qui concerne l'épuisement des recours internes et qu'elle est plus lourde que d'autres aspects concernant la recevabilité ou des questions de fond. Mais M. Gaja se demande si cela découle de quelque chose qui est propre à l'épuisement des recours internes ou d'un raisonnement différent. Il est très difficile pour la Cour internationale de Justice, par exemple, de décider si un recours efficace existe dans un État. L'État défendeur est dans une bien meilleure position que les juges ou le demandeur pour démontrer l'existence de recours. De même, l'État de nationalité est mieux placé pour fournir des preuves de la nationalité d'un individu. Dans un tel cas, la charge de la preuve incombe à l'État demandeur. Ainsi, la position de l'État, demandeur ou défendeur, semble être moins importante que l'existence de preuves.

24. M. BROWNLIE dit qu'il souhaite d'emblée dissiper l'impression qu'il a pu donner lors de son intervention précédente, à savoir qu'il était très critique à l'égard du troisième rapport du Rapporteur spécial, lequel est en fait un modèle du genre.

25. Dans l'ensemble, il approuve la démarche adoptée à l'article 14, mais non la manière dont est énoncée la condition de lien volontaire à l'alinéa *c*, parce qu'il y est dit que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'il n'y a pas de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur. Le contenu effectif du commentaire du Rapporteur spécial est assez hésitant. Au paragraphe 70, il est dit que la jurisprudence hésite sur l'exigence d'un lien volontaire. Cela est exact, mais M. Brownlie ne voit pas ce qu'il faut en conclure. La Commission peut faire œuvre de développement progressif, et elle le ferait dans le contexte d'un grand nombre de principes qui existent déjà. Il ne s'agirait pas de partir de zéro, parce qu'en ce qui concerne les recours internes, la matière est considérable. C'est exactement le type de question sur lequel la Commission doit se prononcer clairement. Les paragraphes 84 et 85, qui semblent donner à penser que la question ne se pose pas très souvent, concernent des situations dans lesquelles on peut arguer que, de toute façon, un préjudice direct a été causé à l'État et que, de ce fait, la règle de l'épuisement des recours internes ne s'applique pas. Mais, ce faisant, on élude la question de savoir si un lien volontaire est nécessaire. Le paragraphe 89 lui aussi contient une conclusion assez hésitante, mais pour l'essentiel négative, sur la question de savoir si l'existence d'un lien volontaire doit être une condition de l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. Il est décevant que le Rapporteur spécial évite de s'engager sur les questions de principe. C'est ce que M. Brownlie reprochait à la distinction condition de procédure/condition de fond – non qu'elle fût faite mais qu'il s'agît de la seule question théorique ou de principe qui semblait avoir été examinée. La Commission devrait se pencher plus directement sur les questions de principe. M. Brownlie n'est pas d'accord avec ce qui est dit implicitement dans le commentaire, à savoir que la question du lien volontaire est une question académique. Les circonstances de l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* ne sont malheureusement pas si exceptionnelles, et il y a bien là une question grave à examiner.

26. C'est à bon droit que M. Gaja estime qu'il n'est pas nécessaire d'avoir un alinéa *f* distinct à l'article 14. La teneur de cet alinéa relève de la question générale de l'efficacité.

27. Quant à l'article 15, comme M. Gaja, M. Brownlie juge qu'une telle disposition n'est pas nécessaire. Il sera difficile de parvenir à un accord sur son contenu. Il semble, de plus, superflu d'avoir un article distinct sur la charge de la preuve, qui est une question qui se pose de toute façon et à laquelle il doit être répondu dans chaque cas d'espèce; il est inutile d'inclure une disposition sur le sujet à chaque fois que l'on envisage un problème.

28. M. MOMTAZ se félicite que M. Pellet reconnaisse que la doctrine des « mains propres » n'a pas encore pris forme. Cette question relève non de la codification mais bien du développement progressif du droit international.

29. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il serait préférable que les membres s'abstiennent pour le moment de commenter l'alinéa *c* de l'article 14, qui n'a pas encore été présenté. S'agissant de l'observation de M. Brownlie, il est évident que quiconque accepte d'être rapporteur spécial s'expose inévitablement à des critiques sévères des autres membres. Telle est après tout la nature des débats de la Commission.

30. M. Brownlie et M. Gaja ont soulevé une question qui devrait être examinée de manière plus approfondie, celle de savoir s'il est vraiment nécessaire de parler des règles de procédure. M. Gaja a évoqué le conflit entre la *common law* et le droit civil à cet égard. Actuellement, dans le domaine du droit pénal, par exemple devant les tribunaux spéciaux ou la Cour pénale internationale, trouver un terrain d'entente est un problème majeur. Le Rapporteur spécial se demande si le moment n'est pas venu pour la Commission de tenter d'identifier, en matière de preuve, des principes qui valent aussi bien dans les systèmes de droit civil que dans les systèmes de *common law*.

31. LE PRÉSIDENT remercie le Rapporteur spécial pour son approche exhaustive du sujet.

32. Mme XUE dit que les questions visées au paragraphe 16 du troisième rapport devraient être exclues du sujet de la protection diplomatique. C'est le principe de la nationalité, c'est-à-dire le lien entre un État et ses nationaux à l'étranger, qui est au cœur de la protection diplomatique. Lorsqu'un État fait valoir un intérêt juridique à exercer sa protection diplomatique à raison d'un fait internationale-

ment illicite ayant causé un préjudice à un de ses nationaux, le lien entre l'intérêt juridique et l'État doit être la nationalité du ressortissant. Dans l'ensemble, ce principe a jusqu'ici été observé dans tout le projet. Si, par contre, les questions visées au paragraphe 16 étaient envisagées, même à titre d'exception, elles affecteraient inévitablement la nature des règles relatives à la protection diplomatique, en étendant indûment le droit des États d'intervenir. Étant donné l'application de ce droit au cours de l'histoire, il n'y a aucune exagération à le dire.

33. Il est compréhensible que l'on veuille protéger les fonctionnaires des organisations internationales mais Mme Xue se demande si l'on peut dans ce domaine parler de protection diplomatique. Si la Commission a décidé d'exclure la protection des agents diplomatiques et consulaires du champ de l'étude, la même logique voudrait que l'on en exclue les fonctionnaires des organisations internationales. De même, les membres des forces armées sont normalement protégés par l'État qui dirige ces forces, et cette protection n'est pas considérée comme relevant de la protection diplomatique. Comme le Rapporteur spécial, Mme Xue estime que cette protection fonctionnelle, si elle doit être envisagée, doit l'être séparément.

34. Dans le cas de l'équipage d'un navire ou d'un aéronef, la question n'est pas de savoir comment l'État doit protéger ses nationaux à l'étranger, mais plutôt comment éviter des réclamations concurrentes émanant de différents États. Si le navire bât un pavillon de complaisance, l'État de l'immatriculation n'aura pas d'intérêt à exercer sa protection diplomatique si les gouvernements dont les membres de l'équipage ont la nationalité ne le font pas. Quoi qu'il en soit, de tels cas relèvent du droit maritime ou du droit aérien, si cette protection présente un problème en droit international.

35. En pratique, il y a des cas dans lesquels un État délègue le droit d'exercer la protection diplomatique de ses nationaux ou de ses intérêts économiques à un autre État lorsque les relations diplomatiques ont été suspendues ou en cas d'urgence, mais une telle demande relèverait plutôt de la représentation par anticipation que de la protection diplomatique. Mme Xue pense avec M. Mansfield qu'il serait difficile d'imaginer qu'une telle délégation puisse aboutir à une procédure judiciaire à laquelle l'État qui l'a accordée ne participerait pas directement.

36. Le dernier cas évoqué au paragraphe 16 du troisième rapport semble impliquer qu'un État ou une organisation internationale qui administre ou contrôle un territoire devrait avoir le droit d'exercer sa protection diplomatique au profit des habitants de ce territoire lorsque ceux-ci se trouvent à l'étranger. Quoi qu'il en soit, en pratique, une telle administration ou un tel contrôle sont souvent établis à titre temporaire jusqu'à ce qu'un gouvernement légitime puisse être mis en place; une représentation de ce type, même lorsqu'elle est exercée pour protéger les droits de l'homme, ne devrait pas être définie comme la protection diplomatique.

37. La principale préoccupation de Mme Xue au sujet des articles 12 et 13 est la distinction qui est faite entre les violations du droit interne et les violations du droit international. L'article 13 devrait être réexaminé et, de préférence, supprimé, tandis que le libellé de l'article 12 devrait être renforcé, afin de rendre la règle de l'épuisement des recours internes obligatoire, que ce soit du point de vue de la procédure ou du point de vue du fond, si l'on doit faire une telle distinction. Il sera dans ce cas indispensable de définir quelles dérogations à cette règle peuvent être admises.

38. Le commentaire du Rapporteur spécial sur l'article 14 est très utile, et s'il y a de nombreux cas de déni procédural de justice et d'études académiques à ce sujet, il n'y a pas de consensus en la matière. De plus, certaines des clauses de la règle relative à la futilité laissent peut-être trop de place au jugement subjectif du demandeur, et l'alinéa *b* de l'article 14, relatif à la renonciation, pourrait être encore amélioré par une étude plus approfondie de la renonciation implicite et de l'estoppel.

39. En ce qui concerne l'article 15, M. Gaja a noté à juste titre qu'étant donné les différences existant dans les systèmes juridiques, il est difficile d'établir des règles générales en droit international.

40. Enfin, Mme Xue hésite beaucoup à s'engager dans le débat sur la doctrine des « mains propres »; du point de vue des principes, nul ne doit pouvoir utiliser la protection diplomatique pour se soustraire à la responsabilité juridique qu'il encourt parce qu'il a commis des actes qui sont illicites au regard du droit interne auquel il s'est volontairement assujetti.

41. M. BROWNLIE dit que la distinction entre protection diplomatique et protection fonctionnelle joue dans certaines situations, comme la CIJ l'a démontré dans son avis consultatif en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Toutefois, il n'est pas pleinement convaincu par l'utilisation que fait Mme Xue de cette distinction dans le cadre de la protection diplomatique exercée au profit de membres des forces armées. De tels cas représentent une application des intérêts juridiques de l'État auquel appartiennent les troupes en question; il en est de même des équipages de navires ou d'aéronefs, comme l'a reconnu une jurisprudence récente.

42. La protection diplomatique est habituellement considérée comme une question mettant en cause la recevabilité des réclamations. Toutefois, en réalité, c'est à la fois une expression d'intérêt juridique et l'instrument par lequel un État défend ces intérêts en formulant une réclamation diplomatique. Lorsqu'une affaire est portée devant la CIJ ou un tribunal arbitral, à supposer qu'il n'y ait pas de problème de compétence ou de recevabilité, l'aspect instrumental est couvert par l'application du droit et la question qui reste est celle des intérêts nationaux. Le principe de la nationalité est bien entendu l'expression principale de l'intérêt juridique liant un État à des personnes physiques ou morales, mais le droit peut reconnaître d'autres fondements pour cet intérêt juridique, par exemple l'appartenance aux forces armées.

43. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit que le travail accompli par le Rapporteur spécial sur le sujet complexe de la protection diplomatique appelle l'admiration et le respect. En l'absence de certitude quant aux règles régissant la protection diplomatique, la Commission doit en effet choisir entre des règles concurrentes sur la base de

l'équité dans la société internationale contemporaine; il s'agit de faire œuvre aussi bien de codification que de développement progressif, en tenant compte de l'évolution en cours dans ce domaine.

44. La protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales (par. 16 du rapport) ne devrait pas être traitée dans le projet d'articles parce qu'il s'agit d'une exception au principe de la nationalité, lequel est fondamental en matière de protection diplomatique. Cette protection fonctionnelle, qui a fait l'objet de nombreux travaux de doctrine et a été analysée par la CIJ, consiste pour une organisation internationale à intervenir au nom de ses fonctionnaires contre l'État territorial, défini comme l'État sur le territoire duquel les fonctionnaires en question ont subi le préjudice – une définition dont l'inclusion devrait être envisagée dans la liste des termes devant être définis dans le projet d'articles. Dans son avis consultatif concernant la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ a indiqué clairement que la réclamation formulée par l'Organisation était fondée non sur la nationalité de la victime, mais sur sa qualité d'agent de l'Organisation. De même, dans son jugement en l'affaire *Jurado*, le Tribunal administratif de l'OIT a déclaré que les privilèges et immunités des fonctionnaires de l'OIT leur étaient accordés uniquement dans l'intérêt de l'Organisation.

45. Ces décisions soulèvent des questions intéressantes en ce qui concerne des réclamations concurrentes émanant des États de nationalité et des organisations internationales. Il faut indiquer clairement que, comme la Cour l'a noté dans son avis consultatif, une concurrence entre le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique et celui de l'organisation d'exercer sa protection fonctionnelle ne doit pas aboutir à deux réclamations ou à deux réparations. Ainsi, si M. Rodríguez Cedeño convient que les questions visées aux paragraphe 16 et 17 du troisième rapport ne relèvent pas du sujet à l'examen, il estime pourtant qu'elles pourraient susciter un débat sur la nécessité de limiter les réclamations et les réparations.

46. Il faut réaliser un équilibre entre le principe général selon lequel les recours internes doivent être épuisés, et cela doit être indiqué clairement, et les exceptions à ce principe. La futilité des recours internes est une question complexe parce qu'elle implique un jugement subjectif, et en raison de sa relation avec la charge de la preuve; elle oblige à se demander si un État de nationalité peut formuler une réclamation devant un tribunal international uniquement parce qu'il suppose que le recours interne était pour diverses raisons futile. La question ne peut être laissée de côté, mais il faut l'aborder avec beaucoup de prudence. La Commission ne doit pas sembler établir un principe de compétence complémentaire en conférant compétence à un organe international dans les cas où des recours internes, aux yeux du demandeur, n'existaient pas ou sont inefficaces. Il est important de tenir compte de la position adoptée par la CIJ dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis* et de prévenir les interprétations extrêmes en faveur de l'État demandeur ou de l'État territorial. Ainsi, comme l'a conclu le Rapporteur spécial (par. 45 du rapport), la troisième option présentée pour l'alinéa *a* de l'article 14 doit être préférée. Les alinéas *e* et *f* du même article soulèvent des questions qui, aussi importantes soient-elles, ne sont pas à proprement parler essentielles pour le sujet à l'examen.

47. M. OPERTTI BADAN déclare qu'aucune raison de fond n'a encore été avancée en faveur de l'inclusion ou de l'exclusion des quatre situations visées au paragraphe 16 du troisième rapport. La protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales est normalement une question réglée par voie d'accord entre les États et les organisations qui opèrent sur leur territoire; la protection diplomatique n'est pas le mécanisme de premier recours. Les réclamations formulées au nom des équipages ou passagers des navires, qu'elles concernent des zones où la pêche est intensive ou les activités des navires de recherche scientifique dans les eaux territoriales, ont soulevé des questions difficiles à résoudre. Un État ne peut déléguer le droit d'exercer la protection diplomatique s'il n'est pas en mesure d'exercer ce droit. Enfin, on peut imaginer une situation dans laquelle un État de nationalité aurait exercé sa protection diplomatique au nom de ses nationaux sous l'administration de la Mission d'administration intérimaire des Nations Unies au Kosovo (MINUK) à la suite de l'action de l'OTAN. Il serait utile que le Rapporteur spécial fournisse des informations sur ces quatre questions afin que la Commission puisse décider en connaissance de cause si elle doit ou non les examiner. Une discussion plus large et plus exhaustive est nécessaire.

48. Mme XUE dit que si elle apprécie les éclaircissements donnés par M. Brownlie, la principale question est celle du lien entre l'État demandeur et l'individu. Il est important de justifier l'exercice par les États de la protection diplomatique. En voyageant à l'étranger, les citoyens établissent un lien volontaire qui les assujettit au droit interne de l'État d'accueil. Toutefois, les fonctionnaires diplomatiques et consulaires n'établissent pas un tel lien, pas plus que les membres des forces armées ou les équipages de navires et d'aéronefs. Il faut aussi indiquer clairement que l'État demandeur ne peut intervenir que si l'État territorial ne protège pas les ressortissants étrangers conformément au droit international. Et si la réparation des dommages subis par les fonctionnaires d'organisations internationales est une question qui relève réellement du droit international, la Commission est surtout concernée par la relation entre le droit interne et le droit international. Il est important de ne pas confondre protection diplomatique et protection fonctionnelle.

49. M. SIMMA note que divers membres ont dit douter qu'il y ait en pratique des situations dans lesquelles un État exerce sa protection diplomatique au profit du national d'un autre État par l'effet d'une délégation (par. 16 du rapport). Il se demande si cette hypothèse ne repose pas sur une interprétation erronée de l'alinéa *c* de l'article 8 du Traité sur l'Union européenne, aux termes duquel chaque citoyen d'un État membre de l'Union, lorsqu'il se trouve dans un pays tiers dans lequel l'État membre dont il est le national n'est pas représenté, a droit à la protection des autorités diplomatiques ou consulaires de tout État membre dans les mêmes conditions que les nationaux de celui-ci. De tels cas ne relèvent pas de la protection diplomatique, mais plutôt de la protection consulaire ordinaire des nationaux.

50. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il pense également que la délégation de protection au sein de l'Union européenne ne constitue pas la protection diplomatique; de plus, la question a également été traitée au projet d'article 9.

51. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO fait observer que la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales repose sur la qualité d'agent de l'organisation des individus en cause – qui a notamment pour conséquence qu'une organisation peut formuler une réclamation contre un État qui n'est même pas un de ses membres – alors que la protection diplomatique repose sur un lien de nationalité.

La séance est levée à 11 h 45.

2715e SÉANCE

Vendredi 3 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. Mme ESCARAMEIA, revenant sur la question de la nature de la règle de l'épuisement des recours internes, telle qu'elle a été soulevée à propos des articles 12 et 13 figurant dans le deuxième rapport (A/CN.4/514), et complétant ses observations formulées à une séance précédente, conçoit, éclairée par le débat, que cette règle, encore qu'appartenant à l'ordre de la procédure, touche aussi au fond dans ses effets pratiques. Elle appelle à ce titre des exceptions pour tenir compte des situations où son application s'avérerait injuste, par exemple dans les cas de changement de nationalité ou de refus d'acceptation de la compétence d'une juridiction internationale. Cela posé, il conviendrait de commencer par déterminer le moment où naît le droit de l'État de faire jouer la protection diplomatique – qui serait probablement le moment où le préjudice est causé à son ressortissant. Passant au troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1) et à l'article 14, notamment son alinéa *a* (futilité), Mme Escarameia se range volontiers à l'avis du Rapporteur spécial et au consensus qui semble se dessiner en faveur de l'option 3, à savoir que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'ils n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Quant aux alinéas *e* (retard abusif) et *f* (refus d'accès), elle les juge pertinents.

2. À propos de l'article 15, Mme Escarameia considère que le paragraphe 1 est utile et qu'il a toute sa place dans le projet. Pour ce qui est du paragraphe 2, elle convient avec M. Gaja que l'important est moins de rapporter la preuve que des recours internes existent que de rapporter la preuve qu'ils sont efficaces. Elle croit comprendre que tel est aussi le sentiment du Rapporteur spécial. Le problème est donc un problème de formulation, qui est du ressort du Comité de rédaction.

3. Se référant à l'orientation future du projet d'articles, et en particulier au paragraphe 16 du troisième rapport, Mme Escarameia partage en partie les vues du Rapporteur spécial sur l'élargissement de la portée du projet. Elle croit par exemple que la question de la délégation à un autre État du droit d'exercer la protection diplomatique est par trop spécifique et exceptionnelle pour pouvoir s'inscrire dans le cadre du projet. En ce qui concerne la question de la protection fonctionnelle par les organisations internationales, Mme Escarameia dit avoir été sensible à l'intervention de M. Momtaz à la séance précédente. Cette question, même si elle a été portée devant des juridictions, n'est toujours pas réglée alors qu'elle se pose avec de plus en plus d'acuité. Elle devrait faire l'objet d'une étude approfondie, peut-être distincte. D'autre part, Mme Escarameia estime que la question de l'élargissement du projet au droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage, et éventuellement aussi des passagers, quelle que soit la nationalité des personnes concernées, mérite un examen plus approfondi et elle comprend les réserves du Rapporteur spécial actuel et de celui qui l'a précédé. Il reste que l'*Affaire du navire « Saiga »* justifie une réflexion plus poussée sur ce point. En revanche, Mme Escarameia porte un intérêt particulier à la protection dans le cas où une organisation internationale administre un territoire, comme cela a été le cas pour le Kosovo et le Timor oriental. L'organisation internationale est titulaire à ce titre de toutes les fonctions d'un État et doit dès lors exercer une protection à l'égard d'une population livrée à elle-même dont des membres sont parfois apatrides ou n'ont pas une nationalité bien définie.

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

Cette question mérite d'être inscrite dans le projet d'articles à l'étude.

4. Enfin, s'agissant de la question du lien de nationalité, Mme Escarameia considère qu'elle avait un intérêt autrefois, lorsque les États étaient les seuls acteurs, mais qu'elle l'a en partie perdu dans le monde actuel où les organisations internationales et d'autres acteurs occupent une place de plus en plus grande aux côtés des États. La Commission devrait tenir compte de cette réalité.

5. M. PELLET dit qu'il n'est pas d'accord avec Mme Escarameia sur deux points importants.

6. Premièrement, il croit, de façon générale, que la Commission doit donner au Rapporteur spécial une orientation claire en abondant dans son sens, à savoir que la protection diplomatique est une protection qui est exercée par l'État. La question de la protection exercée par les organisations internationales devrait être renvoyée à plus tard ou, peut-être, inscrite dans le cadre du sujet de la responsabilité des organisations internationales.

7. Deuxièmement, M. Pellet, après avoir entendu le développement de Mme Escarameia, juge inopportune la démarche principe-exceptions qu'elle défend. Il est favorable à cette démarche, à condition de ne pas sortir du sujet : le sujet, c'est celui de la protection diplomatique; le principe, c'est celui de l'épuisement des recours internes, lequel peut souffrir des exceptions, telles qu'elles sont par exemple énoncées à l'article 14 proposé par le Rapporteur spécial. Selon Mme Escarameia, la première étape consisterait à déterminer le moment où le fait internationalement illicite s'est produit. Or, cette question relève du sujet de la responsabilité des États, et il se trouve qu'elle en a été exclue, à tort. Si exercice de la protection diplomatique il y a, c'est qu'un fait internationalement illicite a été commis, et la seule question qui se pose est alors celle de savoir à partir de quel moment cette protection peut s'exercer.

8. M. MOMTAZ, se référant à la question de l'exercice éventuel de la protection diplomatique par l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef, évoquée par le Rapporteur spécial à propos de l'affaire du *« Saiga »* portée devant le Tribunal international du droit de la mer, se demande, tout compte fait, si dans cette affaire il s'agissait vraiment d'une protection diplomatique exercée en faveur des membres de l'équipage du navire, ou d'une intervention en faveur de leur prompte libération, intervention prévue expressément par l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (prompte mainlevée de l'immobilisation du navire ou prompte libération de son équipage). Cette question est fort délicate et mérite plus ample réflexion.

9. M. DUGARD (Rapporteur spécial) souscrit aux observations de M. Pellet. Quant à l'idée de faire une étude sur la protection exercée par les organisations internationales, il n'y est pas indifférent, mais cette question, très importante, relève du sujet de la responsabilité des organisations internationales. Le projet d'articles à l'étude se fonde sur les principes traditionnels du droit international et il serait fâcheux d'aller au-delà.

10. M. OPERTTI BADAN ne saurait admettre que l'exercice de la protection diplomatique soit élargi aux organisations internationales. En effet, la protection diplomatique se fonde sur le lien de nationalité, alors que les fonctionnaires agissent expressément en fonction et au nom des organisations internationales qui les emploient et non en fonction de leur nationalité.

11. S'agissant de la question de la protection des membres de l'équipage d'un navire, M. Opertti Badan précise qu'elle est visée non seulement dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, mais encore dans d'autres accords internationaux antérieurs, comme le Traité concernant le Rio de la Plata et la frontière maritime y afférente, conclu entre l'Argentine et l'Uruguay et entré en vigueur en 1974[4]. Elle appelle donc un examen plus poussé d'autres instruments internationaux. M. Opertti Badan rappelle à ce propos que la question du contrôle des pêcheries est principalement affaire de police, le but étant de protéger les espèces et d'éviter la surexploitation des pêcheries hors des zones autorisées. À l'évidence, cette question n'entre pas *stricto sensu* dans le cadre de la protection diplomatique.

12. Pour ces raisons, M. Opertti Badan s'oppose à l'élargissement du sujet à l'étude à des questions qui n'entrent pas dans son cadre juridique.

13. M. TOMKA, se référant à la protection fonctionnelle, rappelle qu'il était prévu au départ d'axer le sujet sur la seule protection diplomatique exercée par l'État de nationalité. La Commission devrait s'en tenir là pour pouvoir achever ses travaux dans un délai raisonnable.

14. M. Tomka convient avec M. Momtaz que l'exemple de l'affaire du *« Saiga »* doit être traité avec circonspection. Cette affaire a été portée devant le Tribunal international du droit de la mer en vertu des dispositions spéciales prévues à l'article 292 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, et non pas en tant que cas général de protection diplomatique.

15. M. GAJA fait observer que la référence à l'affaire du *« Saiga »* vise non pas le premier arrêt, concernant la prompte mainlevée de l'immobilisation du navire, mais le deuxième, par lequel le Tribunal international du droit de la mer a accordé réparation à des membres de l'équipage n'ayant pas la nationalité du navire. Il ne s'agissait donc pas d'une question de protection du navire en tant que telle.

16. Selon quelques membres de la Commission, la délégation de l'exercice de la protection diplomatique sortirait du cadre du sujet à l'étude, puisqu'elle ne couvre pas les réclamations portant sur les faits internationaux. Cependant, pour le cas où un État A n'ayant pas de relations diplomatiques avec un État X déléguerait l'exercice de la protection diplomatique à un État B, pourquoi l'État B devrait-il s'abstenir de demander à l'État X de mettre fin à un comportement donné lorsque celui-ci est internationalement illicite ?

17. M. GALICKI dit qu'il préférerait ne pas inclure dans le projet d'articles les questions liées à la nationalité d'un navire ou d'un aéronef. Les principes juridiques qui permettent de régler ce type de situation sont déjà inscrits dans le droit international, en particulier dans de nom-

[4] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1295, nº 21424, p. 306.

breux instruments tels que la Convention relative aux infractions et à certains autres actes survenant à bord des aéronefs, laquelle énonce, par exemple, l'obligation d'autoriser l'équipage et les passagers éventuels à poursuivre leur voyage. Dans ce cas de figure, ce qui est déterminant est le lien spécial existant entre l'État de nationalité ou l'État d'immatriculation et un navire ou un aéronef donné. Il ne s'agit pas de personnes, et même si les instruments internationaux en question confèrent, dans certains cas, à un État le droit d'exercer des prérogatives qui, à première vue, peuvent présenter une similitude avec la protection diplomatique, cette protection est d'une autre nature. Ces questions n'ont donc pas leur place dans l'examen du sujet de la protection diplomatique.

18. M. MANSFIELD dit qu'il souscrit à l'opinion de Mme Escarameia selon laquelle certaines des questions liées à la nationalité des réclamations mentionnées par le Rapporteur spécial au paragraphe 16 de son troisième rapport, c'est-à-dire la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales et le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire, sont importantes. Néanmoins, il partage également l'avis du Rapporteur spécial, qui a fait valoir que la Commission avait commencé à examiner le sujet sous un certain angle et qu'il serait probablement plus aisé de maintenir ce cap pour toute une série de raisons, notamment pour faciliter la rédaction. Par ailleurs, à propos de la délégation de compétence, l'exemple utilisé par M. Gaja est intéressant, mais pratiquement, dans ce type de situation, même si un État peut prendre toute une série de mesures au nom d'un autre État, il est probable que le plus souvent il n'ira pas jusqu'à formuler une réclamation officielle. Par conséquent, il lui semble toujours qu'il serait préférable d'exclure ces questions du sujet.

19. Mme ESCARAMEIA craint que ses propos aient été mal interprétés. En premier lieu, M. Pellet a indiqué que ce qui intéressait la Commission était le moment où naissait le droit de formuler une réclamation. Mme Escarameia est entièrement d'accord avec lui. Elle ne s'est peut-être pas exprimée de manière suffisamment claire. Il n'y a donc pas de désaccord sur ce point : elle est bien d'avis que les articles 12 et 13 doivent porter sur le moment où naît le droit à la réclamation, et simplement mentionner qu'il peut y avoir des exceptions dans certains cas où la stricte application de cette règle aboutirait à un résultat inéquitable. En deuxième lieu, lorsque M. Opertti Badan s'est exprimé à propos des organisations internationales, Mme Escarameia se demande s'il faisait allusion à ce qu'elle avait dit précédemment. Il semble qu'il ait dit que les organisations internationales pouvaient exercer une protection fonctionnelle mais pas une protection diplomatique. Or, ce dont elle voulait parler, ce sont les relations entre les organisations internationales et certaines personnes vivant dans des territoires qu'elles administrent. La nationalité de ces personnes n'est pas toujours clairement établie et nombre d'entre elles sont en fait apatrides, comme dans le cas du Timor oriental. Cela signifie qu'en cas d'incident, ces personnes ne bénéficient d'aucune protection, et les organisations internationales pourraient alors exercer une protection diplomatique en leur faveur.

20. M. BROWNLIE reconnaît qu'il s'agit là d'une question importante mais il craint qu'elle ne complique les travaux de la Commission et il estime qu'il vaudrait mieux ne pas l'inclure dans le sujet.

21. Le PRÉSIDENT dit que la confusion est peut-être due au fait de ne pas distinguer de manière suffisamment claire entre le rôle d'une puissance administrante en général et celui d'une organisation internationale.

22. M. BROWNLIE pense que la Commission devrait éviter d'aborder des questions aussi épineuses que le type de situation dans lequel se trouve le Timor oriental. Il est impossible d'affirmer que les compétences spéciales et temporaires qui ont été transférées à l'ONU sont analogues à celles d'un État qui administre un territoire sous tutelle. Pour revenir à la question de l'équipage d'un navire ou d'un aéronef, M. Brownlie regrette que plusieurs membres de la Commission aient une certaine réticence à tenir compte de plusieurs cas concrets qui ont été observés, notamment dans l'affaire du *« Saiga »*. Comme l'a souligné M. Gaja, on ne peut laisser ces situations de côté car elles entrent bien dans le champ d'application du projet d'articles sur la protection diplomatique. M. Brownlie songe au quinquennat précédent, durant lequel la Commission était souvent tentée de transformer presque tous les sujets en problèmes de droits de l'homme. Sans aller jusque-là, il estime qu'il y a bien une relation entre la protection diplomatique et les droits de l'homme car la protection diplomatique est l'un des moyens par lesquels une personne peut faire valoir ses droits. En outre, il existe un grand nombre d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme qui se chevauchent parfois de manière à constituer des garanties supplémentaires. De même, le fait qu'une personne puisse bénéficier d'une protection de la part de l'État de nationalité du navire ou de l'aéronef apporte un élément de sécurité supplémentaire et l'on ne peut que s'en féliciter.

23. M. CHEE dit à propos du paragraphe 16 du troisième rapport sur la protection diplomatique que la question de la nationalité d'un navire ou d'un aéronef peut paraître relativement simple en théorie mais que, dans la pratique, on peut se heurter à toutes sortes de difficultés. Par exemple, les membres de l'équipage peuvent être de différentes nationalités, ou encore il peut y avoir plusieurs propriétaires. Il serait donc extrêmement difficile d'élaborer des règles applicables dans tous les cas. Par conséquent, il serait plus raisonnable d'exclure ces questions du sujet. Par ailleurs, pour ce qui est du type de protection exercé par les organisations internationales, il serait peut-être souhaitable, par souci de clarté, de le désigner par un autre terme que celui de « protection diplomatique ».

24. M. KOSKENNIEMI, commentant l'intervention de Mme Escarameia, juge tout à fait pertinente la proposition d'envisager au moins d'inclure dans le sujet la protection que les organisations internationales peuvent être amenées à exercer à l'égard de personnes vivant dans les territoires qu'elles administrent. Il y a effectivement une différence entre ce type de protection et la protection fonctionnelle, qui n'entre pas dans le cadre du sujet. En revanche, M. Koskenniemi n'est que partiellement d'accord avec le Rapporteur spécial lorsque celui-ci affirme qu'il vaudrait mieux ne pas trop s'écarter du droit international traditionnel. Il estime qu'il faut bien aborder de nouveaux sujets, qui sont liés à des questions d'actualité, et que rien n'empêche de le faire sous l'éclairage du droit

international traditionnel. Par ailleurs, il rappelle que la protection déléguée à des organisations internationales n'exonère en rien les États membres de leurs obligations envers leurs nationaux.

25. M. DAOUDI dit qu'il a passé plusieurs années à étudier la délégation de compétence et qu'il a pu constater qu'il existait divers types de situations dans différents domaines du droit international public. Selon lui, ces cas ne constituent pas une dérogation aux règles du droit international mais, au contraire, une application et une confirmation de ces règles. Il est d'ailleurs fait mention de ce type de situations dans divers instruments tels que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur les relations consulaires. Dans le domaine de la protection diplomatique, il y a lieu de souligner que le lien de nationalité avec le premier État ne change pas, et que le second État ne fait qu'exercer un droit qui appartient au premier. Quant à la protection fonctionnelle, elle recouvre des situations tout à fait différentes et doit donc bien être étudiée dans un autre contexte que celui de la protection diplomatique.

26. Mme XUE dit que la question n'est pas de savoir si les personnes qui se trouvent dans le type de situations évoquées devraient ou non être protégées en vertu du droit international, mais pourquoi cette question doit être soulevée dans le cadre de l'examen de la protection diplomatique. S'agissant de la protection diplomatique, on part du principe que tout État a normalement le devoir de protéger les étrangers se trouvant sur son territoire. C'est lorsque cette protection s'avère insuffisante ou impossible que le droit international intervient et que l'État de nationalité peut venir en aide à ses nationaux. Puisque les situations visées au paragraphe 16 sont différentes, la question de la protection n'entre pas dans le cadre du sujet.

27. M. CANDIOTI est d'accord avec les membres qui estiment que la question de la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales ne doit pas être traitée dans le cadre de la protection diplomatique mais plutôt lorsque l'on examinera celle de la responsabilité des organisations internationales, ou peut-être éventuellement comme sous-thème de la question de la responsabilité internationale des États pour les faits internationalement illicites. Il s'agit là en effet d'une forme de mise en œuvre de la responsabilité internationale. Quant à la question de savoir si un État peut déléguer ses droits, elle n'a pas été suffisamment examinée. On a parlé de la protection diplomatique comme d'un droit discrétionnaire de l'État. Peut-être serait-il pertinent de préciser dans le commentaire de l'article 3 si l'État peut déléguer ou non un droit discrétionnaire. Pour sa part, M. Candioti estime que l'État est fondé à déléguer à d'autres sujets de droit international l'exercice de la protection diplomatique en faveur d'un de ses nationaux ou d'une autre personne qui lui soit véritablement rattachée dans le cadre des exceptions prévues au principe de la nationalité. Mais c'est bien de protection diplomatique qu'il s'agit, naturellement, domaine dans lequel on dispose de règles bien précises en matière de nationalité et d'épuisement des recours internes, et qu'il faut se garder de confondre avec d'autres formes de protection des individus ou des intérêts, qui peuvent être très nombreuses et s'inscrivent dans le cadre des institutions de droit international.

28. M. ADDO félicite le Rapporteur spécial pour l'exhaustivité avec laquelle il a traité de l'épuisement des recours internes. Pour sa part, il n'est pas favorable à l'élargissement de la portée de l'actuel projet d'articles à la question de la protection fonctionnelle, ni d'ailleurs aux autres questions mentionnées au paragraphe 16 du troisième rapport. À son avis, toute tentative en ce sens entraînera la Commission dans un bourbier. En outre, ces questions, quoique importantes, n'entrent pas dans l'ordre des choses, s'agissant de la protection diplomatique à proprement parler.

29. La règle de l'épuisement des recours internes est une règle universellement acceptée du droit international coutumier. Elle s'applique dans toutes les procédures internationales, qu'il s'agisse de décisions judiciaires, d'arbitrage ou de conciliation. Mais il faut que la réclamation de l'individu concerné soit présentée devant des tribunaux ou organes administratifs locaux habilités à redresser un grief. Cette règle est bien illustrée par la jurisprudence internationale, notamment les sentences arbitrales rendues dans l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais* et l'affaire *Ambatielos*. D'autre part, dans l'affaire *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que l'existence des recours internes doit être certaine, non seulement en théorie mais encore dans la pratique. Une disposition concernant la nécessité d'avoir épuisé les recours internes avant de pouvoir saisir les divers mécanismes internationaux figure dans presque tous les instruments internationaux ou régionaux relatifs aux droits de l'homme. Ceci ne fait que confirmer l'acceptation universelle de cette règle et l'attrait qu'elle exerce : elle est bien établie non seulement dans le droit international coutumier mais également dans le droit conventionnel.

30. Pour M. Addo, la règle des recours internes est une règle de procédure et non de fond. Mais, dans l'exercice de codification auquel s'est attelée la Commission, il ne pense pas que celle-ci devrait s'en préoccuper outre-mesure. Ce qui est important, à son avis, c'est que cette règle détermine si la condition préalable à la présentation d'une réclamation au plan international par un État au nom de l'un de ses nationaux est remplie ou respectée. À cet égard, et contrairement à ce qu'ont pu dire avec beaucoup d'éloquence d'autres membres, l'article 12 proposé par le Rapporteur spécial est utile. Il conviendrait cependant d'y supprimer les mots « de procédure » afin de répondre aux préoccupations de ceux qui soutiennent avec force qu'il s'agit d'une règle de fond. Moyennant cette réserve, M. Addo propose que ce projet d'article soit renvoyé au Comité de rédaction.

31. Sur l'article 13, M. Addo n'a pas encore de position bien arrêtée, encore qu'il incline à penser qu'il faudrait le supprimer car il risque d'entraîner la Commission dans une controverse inutile et de créer plus de difficultés qu'il n'en résoudrait.

32. Les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14 sont à son avis parfaitement pertinents et utiles. La règle de l'épuisement des recours internes n'est pas absolue et elle est sans objet lorsque les voies de recours sont manifestement inefficaces ou inexistantes. Le critère de l'inefficacité doit cependant être objectif. Tel est le cas, par exemple, lorsque les procédures sont indûment et déraisonnablement longues

ou ne sont pas susceptibles d'aboutir, ou encore si les juridictions nationales sont complètement soumises au pouvoir exécutif.

33. S'agissant de l'article 15, M. Addo convient avec le Rapporteur spécial que la charge de la preuve est difficile à codifier et, pour sa part, il pense que le mieux serait de s'abstenir de toute tentative de codification. Si, toutefois, il fallait s'engager dans cette voie, il serait favorable à la proposition de Juliane Kokott[5], reproduite au paragraphe 103 du troisième rapport.

34. M. FOMBA se demande si l'article 15 couvre toutes les préoccupations des États, ou tout au moins leurs préoccupations essentielles, et quel est le degré d'ancrage du contenu des règles qui y sont proposées dans le droit international positif. Le Rapporteur spécial examine la question de la charge de la preuve à la lumière de toutes les sources d'information disponibles et conclut notamment, au paragraphe 117 du troisième rapport, qu'il est difficile et peu judicieux d'énoncer une règle concrète autre que celle qui veut que la charge de la preuve soit partagée par les parties, passant continuellement de l'une à l'autre tout au long de l'instance, et qu'il incombe à la partie qui affirme quelque chose de le prouver. M. Fomba estime qu'il appartient à la Commission d'en tirer les conséquences, et de la meilleure façon possible. Quant aux questions sur lesquelles le Rapporteur spécial invite la Commission à se prononcer au paragraphe 118, M. Fomba doit avouer qu'il n'a pas de position tranchée à ce stade. Il partage néanmoins assez largement les conclusions préliminaires tirées par le Rapporteur spécial.

35. Sur le point de savoir s'il faut codifier le principe général posé au paragraphe 1 de l'article 15, M. Fomba rappelle la définition de la codification donnée à l'article 15 du statut de la Commission (« formuler avec plus de précision et […] systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales »). Il est vrai que cette définition a été retenue par commodité. Mais on peut se demander si et dans quelle mesure les critères qui y ont été posés, faute de mieux, sont remplis dans le cas d'espèce. Il semble que tel soit le cas pour le Rapporteur spécial, puisqu'il dit au paragraphe 102 qu'il est généralement admis qu'il incombe à la partie qui affirme quelque chose de le prouver. D'autre part, il faudrait s'interroger sur la nécessité même d'avoir une telle disposition qui, dans l'absolu, semble être dictée par la nature contentieuse et contradictoire de la question des recours internes mais aussi par le souci d'assurer une administration saine et équilibrée de la justice. Il faudrait donc y réfléchir davantage, mais cela dépend de la mesure dans laquelle on estime nécessaire de baliser le chemin pour les juges et les parties dans le but de faciliter leur travail.

36. Concernant la question de savoir s'il faut se contenter de codifier le paragraphe 2 de l'article 15, M. Fomba estime qu'a priori, faute d'un accord sur le paragraphe 1, on pourrait prévoir une disposition du même ordre que ce qui figure au paragraphe 2, sous réserve toutefois d'en régler les éventuels problèmes de fond et/ou de forme. Il n'a cependant pas de proposition concrète à faire à ce stade.

37. S'agissant de la proposition faite par Juliane Kokott, M. Fomba observe que le Rapporteur spécial la qualifie de « concise » et de « pas inexacte ». Dans la mesure où une telle solution serait utile et moins problématique – tant dans le fond que dans la forme –, on pourrait la retenir. Mais d'autres formulations sont envisageables. M. Fomba n'a aucune préférence marquée pour telle ou telle solution proposée par le Rapporteur spécial et réserve donc sa position à ce sujet.

La séance est levée à 11 h 30.

[5] Voir 2712e séance, note 9.

2716e SÉANCE

Mardi 7 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. SIMMA dit qu'il n'ignore pas qu'en commentant les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14 et de l'article 15, il parcourt un terrain déjà bien pratiqué. Il lui semble toutefois qu'il vaut la peine, pour parvenir à un consensus sur le projet d'articles, de répéter des observations déjà faites.

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

2. Dans l'ensemble, les propositions faites en ce qui concerne l'article 14 sont solides et équilibrées. Le Rapporteur spécial a suivi le principe selon lequel on ne doit pas pouvoir se soustraire trop facilement à l'obligation d'épuiser les recours internes : les dommages causés à des étrangers devraient dans la mesure du possible être réparés par le système judiciaire ou juridique de l'État qui les a causés. L'option 2 proposée pour l'alinéa *a* de l'article 14, à savoir que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'ils n'offrent aucune perspective raisonnable de succès, ne prend pas la règle de l'épuisement des recours internes suffisamment au sérieux, permettant à l'auteur de la réclamation de s'y soustraire trop facilement. La déclaration de Fitzmaurice citée par le Rapporteur spécial au paragraphe 35 de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1), selon laquelle « le seul fait qu'il n'y a aucune possibilité raisonnable que le demandeur *obtienne* une telle réparation, parce que sa demande est mal fondée en droit, ne constitue pas le type d'absence de possibilité raisonnable de nature à écarter la règle de l'épuisement des recours internes »[4], est extrêmement pertinente à cet égard. Il doit exister une perspective raisonnable non d'obtenir réparation mais de pouvoir exercer un recours efficace.

3. Selon le paragraphe 31 du rapport, l'option 1, à savoir que les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsqu'ils sont manifestement futiles, signifie « qu'il est manifeste que les recours internes ne donneraient pas gain de cause ». Si l'on applique ce critère, le seuil sera trop élevé et le risque pour le demandeur trop important. Ainsi, l'option 3, selon laquelle les recours internes n'ont pas à être épuisés s'ils n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace, établit un juste milieu et réalise un équilibre, même si son libellé, quelque peu répétitif, doit être amélioré.

4. L'alinéa *e* de l'article 14, relatif au retard abusif n'est pas rendu superflu par l'alinéa *a* du même article. Les situations envisagées à l'alinéa *a* et à l'alinéa *e* sont, dans un sens, consécutives : un recours interne existant peut dans un premier temps sembler offrir une « possibilité raisonnable » du point de vue de l'alinéa *a* mais s'avérer ultérieurement ne pas devoir être poursuivi en raison d'un retard abusif. L'application de l'alinéa *e* de l'article 14 sera évidemment fonction des circonstances de chaque espèce : il peut s'agir d'un procès complexe, où la longueur excessive de la procédure peut être en partie imputable au demandeur. Pourtant, il ne semble pas possible de trouver un terme plus précis qu'« abusif » pour couvrir toutes ces situations. Peut-être peut-on trouver certaines indications quant à l'emploi de ce terme en droit international général à la lumière des normes retenues dans la jurisprudence relative aux droits de l'homme en ce qui concerne, par exemple, l'article 6 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (Convention européenne des droits de l'homme).

5. Quant à l'alinéa *f* de l'article 14, sur le refus d'accès, il semble à M. Simma qu'aussi bien le Rapporteur spécial que Juliane Kokott, rapporteur de l'Association de droit international, interprètent cette expression étroitement et matériellement. M. Gaja et d'autres ont appelé l'attention sur le fait qu'il ne sera pas nécessaire que l'individu lésé ait personnellement accès aux tribunaux si, par exemple, un avocat le représente. Il convient néanmoins d'évoquer, au moins dans le commentaire, le problème qui se pose lorsque l'individu ou son avocat fait l'objet de mesures d'intimidation visant à l'empêcher de se présenter devant le tribunal. Une telle disposition sera aussi nécessaire lorsque la présence en personne de l'individu est requise par le droit procédural du for. On peut néanmoins se demander si la situation prévue à l'alinéa *f* de l'article 14 n'est pas déjà couverte par l'alinéa *a*. L'argument du Rapporteur spécial à cet égard, exprimé dans la dernière phrase du paragraphe 100 de son rapport, n'est pas convaincant. Il serait préférable de supprimer l'alinéa *f* et de faire figurer dans le commentaire de l'alinéa *a* les observations faites à cet égard dans le rapport et durant le débat.

6. S'agissant de l'article 15, comme divers membres, M. Simma doute que la jurisprudence en matière de droits de l'homme – qui s'est constituée sur la base de dispositions conventionnelles particulières dans le cadre d'un système procédural – soit pertinente s'agissant de définir la charge de la preuve en droit international général. Si la règle proposée par le Rapporteur spécial est attrayante par sa simplicité, les choses sont beaucoup plus complexes dans la pratique. Dans ses commentaires (par. 105, 106, 114 et 116 du rapport), le Rapporteur spécial semble avoir une attitude beaucoup plus circonspecte quant à la nécessité de cet article. Personnellement, M. Simma estime qu'une telle disposition n'est pas nécessaire, que ce soit du point de vue de la méthodologie ou du point de vue des principes. Il faudrait donc renvoyer les alinéas *a* et *e* de l'article 14 au Comité de rédaction, et supprimer l'alinéa *f* de l'article 14 ainsi que l'article 15.

7. M. KOSKENNIEMI, se référant aux articles 12 et 13, félicite le Rapporteur spécial de son examen très éclairant de la distinction entre règles de procédure et règles de fond, même si cet examen n'étaye pas réellement les articles eux-mêmes. Il pense, quant à lui, que la Commission peut se passer de ces deux articles. Considérer que la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de fond équivaut, comme l'a fait observer le Rapporteur spécial, à la considérer sous l'angle du déni de justice, une règle primaire dont la violation constitue le fait illicite. D'autre part, le déni de justice est aussi une question complexe qui, à proprement parler, ne relève pas de la protection diplomatique. Le déni de justice est étroitement lié à divers arrangements détaillés existant en la matière, comme c'est le cas entre les pays nordiques pour ce qui est de la non-discrimination et de l'égalité d'accès, et il existe un certain nombre de critères complexes sur la base desquels on peut le définir.

8. L'article 13 traite tout à fait succinctement de la question du déni de justice comme un cas dans lequel le non-épuisement des recours internes constituerait en lui-même une violation. Si l'on considère qu'une disposition sur le déni de justice n'est pas nécessaire, par exemple parce qu'il faudrait définir de manière beaucoup plus détaillée ce qui constitue un refus d'accès ou un traitement discriminatoire des étrangers dans le cadre des procédures internes, alors l'article 13 n'est pas nécessaire.

9. Dans un tel cas, la question se pose de l'utilité de l'article 12, qui maintient la symétrie de la « troisième voie » définie par le Rapporteur spécial, en juxtaposant

[4] G. Fitzmaurice, "Hersch Lauterpacht – The scholar as judge", *British Year Book of International Law 1961*, vol. 37, p. 60 et 61.

l'approche qui voit dans la règle une condition de fond et celle qui y voit une condition de procédure, reflétées aux articles 13 et 12 respectivement. Si l'on supprime l'article 13, l'épuisement des recours internes est alors exclusivement une condition de procédure. Tel qu'actuellement libellé, l'article 12 définit uniquement les recours internes par renvoi au débat académique sur la distinction entre règle de fond et règle de procédure. Ses objectifs sont déjà réalisés par l'article 11 qui énonce adéquatement la règle de l'épuisement des recours internes. Définir davantage cette condition normative comme une condition procédurale n'ajoute rien si l'on a déjà décidé qu'elle n'a pas sa place dans le projet en tant que règle de fond. Ainsi, dans la mesure où l'article 13 n'est pas nécessaire, l'article 12 n'est plus justifié en tant que définition; les deux articles devraient être supprimés, et M. Koskenniemi réserve sa position sur le libellé de l'article 11.

10. Il pense également que les options 1 et 2 proposées pour l'alinéa *a* de l'article 14 sont trop rigoureuse et trop laxiste, respectivement, pour être acceptables. Reste l'option 3. Pour ce qui est du libellé, néanmoins, une observation s'impose, pour la première fois mais certainement pas pour la dernière, à savoir que l'utilisation du terme « raisonnable » est superflue, et blessante dans la mesure où elle implique *a contrario* qu'à défaut de recevoir des instructions expresses de se conduire raisonnablement, les individus se conduiraient déraisonnablement. Il suffirait de dire « n'offre aucune réparation efficace ». L'appréciation du caractère raisonnable, en l'occurrence et dans tous autres domaines, est inhérente à la fonction juridique d'appréciation de l'efficacité.

11. M. Koskenniemi peut accepter la proposition de M. Simma de supprimer l'alinéa *f* de l'article 14. Toutefois, si on conserve cette disposition, on peut se demander quel est l'intérêt de limiter la condition aux cas dans lesquels c'est l'État défendeur qui a refusé à l'individu lésé l'accès aux recours internes. Des acteurs non étatiques peuvent constituer des obstacles à un tel accès : les organisations mafieuses ou terroristes sont les premiers exemples qui viennent à l'esprit. L'alinéa *f* de l'article 14 devrait être reformulé pour tenir compte de telles situations.

12. Enfin, M. Koskenniemi pense également que l'article 15 n'est pas nécessaire. Étant donné les conditions traditionnelles en matière de preuve, il semble peu vraisemblable qu'un organe judiciaire ou autre se sente tenu par cette disposition additionnelle extrêmement complexe.

13. M. FOMBA déclare que la règle de l'épuisement des recours internes est extrêmement importante, notamment du point de vue téléologique, et qu'elle doit en principe être d'application absolue et rigoureuse.

14. En ce qui concerne l'alinéa *a* de l'article 14, a priori il y a une différence entre l'option 1 et les options 2 et 3 en ce sens que l'option 1 n'évoque pas expressément l'idée de résultat. En outre, M. Fomba ne voit pas de différence fondamentale entre les options 2 et 3, mais s'il faut choisir entre les trois options, il choisirait l'option 3, dont la finalité est implicite dans l'option 1, et ce pour les raisons avancées par le Rapporteur spécial.

15. En ce qui concerne les alinéas *e* et *f* de l'article 14, ils ne semblent pas constituer des catégories spécifiques dans la mesure où, lu comme il convient, l'alinéa *a*, que l'on retienne l'option 1 ou l'option 3, englobe les exceptions qui y sont prévues.

16. Ainsi, il convient de distinguer entre deux grandes hypothèses. La première couvrirait tous les cas réellement exceptionnels dans lesquels il n'y pas de recours internes à épuiser. À titre d'exemple, on peut citer la situation du Rwanda en 1994, un pays où, suite au génocide, l'appareil judiciaire et tous ses locaux et archives avaient été détruits et le personnel judiciaire et parajudiciaire décimé. La deuxième hypothèse couvrirait tous les cas où il y aurait des recours internes mais où ceux-ci n'offriraient manifestement aucune possibilité raisonnable d'obtenir une réparation efficace – les cas où il y aurait présomption de non-épuisement pour cause de risque avéré de non-efficacité. Le Rapporteur spécial a recensé un certain nombre de ces cas, mais il faudrait les passer au crible pour n'en retenir que les plus sérieux et les plus crédibles. Il y aurait en l'espèce fort à faire pour le juge et, d'abord, pour la Commission. Un moyen de surmonter les difficultés serait d'envisager de créer un mécanisme central de suivi et d'observation des recours internes qui permettrait de simplifier l'appréciation de leur application et de leur efficacité. Quoi qu'il en soit, l'article 14 devrait maintenant être renvoyé au Comité de rédaction.

17. M. MANSFIELD dit que, d'une manière générale, les éléments de l'article 14 présentés jusqu'ici ne lui posent pas de problème, pas plus que la démarche adoptée par le Rapporteur spécial en ce qui concerne cet article dans son ensemble. Au sujet de l'alinéa *a*, il se joint aux membres qui jugent les arguments en faveur de l'option 3 convaincants. S'agissant de l'alinéa *e*, une doctrine et une jurisprudence abondantes sembleraient étayer la proposition selon laquelle les recours internes n'ont pas à être épuisés lorsque ces recours ont été ouverts avec un retard abusif. Ce qui constitue un retard abusif est une question de fait qui doit être laissée à l'appréciation du juge dans chaque cas d'espèce, et il serait préférable que ce cas soit prévu dans une disposition distincte, plutôt qu'à l'alinéa *a*, en tant qu'élément de la futilité.

18. Les raisons de consacrer une disposition distincte aux circonstances visées à l'alinéa *f* sont moins claires. Si l'État défendeur empêche effectivement l'étranger lésé d'avoir accès aux tribunaux, il n'y a assurément pas, en pratique, de possibilité raisonnable de réparation efficace. Mais on peut concevoir des cas dans lesquels l'État défendeur crée une situation qui en pratique barre à l'étranger l'accès à un recours a priori disponible et apparemment effectif. C'est à juste titre que M. Koskenniemi a dit qu'il fallait mentionner les situations dans lesquelles ce n'était pas l'État, mais d'autres acteurs au sein de l'État, qui constituaient l'obstacle. Après réflexion, M. Mansfield pense que la question devrait faire l'objet d'une disposition distincte et être renvoyée au Comité de rédaction, lequel pourra finalement conclure que cette situation n'a pas à être envisagée. Quoi qu'il en soit, elle doit être étudiée plus en détail.

19. M. Mansfield n'a rien à reprocher à l'article 15, mais il se demande si ses dispositions ne sont là que par souci d'exhaustivité. Ce qui est nécessaire sera déterminé

dans chaque affaire particulière, et il n'est pas convaincu qu'une codification s'impose dans ce domaine précis. Il serait peut-être préférable de supprimer l'article 15 et d'expliquer dans le commentaire les raisons de cette suppression.

20. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, dit qu'il souhaite commenter l'exemple donné par M. Koskenniemi. Partons de l'hypothèse que la mafia empêche quelqu'un d'exercer son droit dans le pays A. Il est prêt à admettre que ce pays A, dans un certain sens, porte une part de responsabilité dans l'impossibilité d'épuiser les recours internes. Que se passe-t-il toutefois si c'est à cause d'un pays B qu'il est impossible d'épuiser les recours internes dans le pays A ? La justification de la suspension de la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas nécessairement la même dans une telle situation que dans la première situation envisagée. Il y a une différence majeure entre une carence dont la seule cause est qu'un autre pays a arrêté un individu ou fermé son territoire ou, par exemple, une carence de l'État lui-même s'agissant de maintenir l'ordre public de telle manière que les gens puissent se rendre au tribunal sans craindre d'être abattus par balle sur les marches du palais de justice. Le Président souhaiterait savoir ce qu'en pense M. Koskenniemi.

21. M. KOSKENNIEMI dit que, dans la relation de dépendance complexe qui permet à un État tiers de manipuler de telle manière l'État dans lequel le droit d'action est ouvert au point de l'obliger à refuser l'accès à ses recours internes, l'État tiers commet un acte illicite différent de celui présenté dans son propre exemple. Toutefois, du point de vue de l'individu, peu importe quel État – celui dans lequel existe le recours ou un autre État – l'empêche d'utiliser ce recours : celui-ci demeure indisponible.

22. M. BROWNLIE dit que la manière dont se déroule le débat est pour lui une cause de frustration. La question du lien volontaire demeure tabou, et nombre des questions précises en train d'être examinées ne concernent pas de manière évidente les problèmes ordinaires de retard. L'exemple donné par M. Koskenniemi débouche sur une série plus large de situations dans lesquelles des individus ou même des groupes d'individus doivent épuiser les recours internes dans un pays avec lequel ils n'ont peut-être absolument aucun lien. On peut citer l'exemple de Tchernobyl : l'organisme associé à la catastrophe n'était pas un organisme d'État et, s'ils avaient présenté une réclamation, les agriculteurs du Cumberland ou d'autres régions du Royaume-Uni, par exemple, auraient dû épuiser les recours internes devant les tribunaux ukrainiens. Exiger de groupes de personnes qui ne sont pas des multinationales ou des organismes bien financés comme Greenpeace à épuiser les recours internes dans une telle situation est proprement injuste, mais parce que la Commission n'a pas encore examiné la question du lien volontaire, celle, majeure, de la justification première de la règle de l'épuisement des recours internes doit être laissée de côté.

23. M. PELLET dit qu'il est surpris que l'on cite l'exemple de Tchernobyl et qu'il ne voit pas pourquoi les recours internes ne devraient pas être épuisés dans un tel cas. Lorsque l'*Amoco Cadiz* a, en coulant, provoqué une grave pollution, par exemple, toutes les victimes, les communautés, les agriculteurs, etc., ont réuni leurs forces pour saisir les tribunaux des États-Unis.

24. M. BROWNLIE dit que l'observation de M. Pellet ne fait qu'illustrer que la raison d'être fondamentale de la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas examinée et que la Commission devrait se demander si son application doit ou ne doit pas être exclue dans certains cas. Au lieu de cela, son débat porte sur la question générale de savoir ce qui est oppressif, M. Koskenniemi ayant donné l'exemple très utile d'une situation locale qui dans la réalité rend dangereux et virtuellement impossible le recours aux tribunaux internes en raison de menaces émanant de groupes privés locaux. Toute la question de savoir si le *locus in quo* fournit une aide juridique, celle de savoir ce qui est oppressif et celle du lien volontaire, une question qui, pour M. Brownlie, est absolument fondamentale, ne sont pas examinées parce que la Commission ne peut pas encore examiner les alinéas *c* et *d* de l'article 14.

25. M. SIMMA, rappelant que la Commission a procédé à un bref échange de vues sur les catastrophes de type Tchernobyl, rappelle qu'il a à l'époque appelé l'attention sur les tensions existant entre ce que la Commission est en train de faire dans le domaine de la codification du droit international et l'évolution du droit conventionnel. La Commission a fait figurer une disposition sur l'égalité d'accès dans son projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Ceci signifie, par exemple, que les agriculteurs du Cumberland doivent avoir un accès égal aux recours ouverts en Ukraine. De telles dispositions, que l'on trouve dans presque tous les traités récents de protection de l'environnement, encouragent les individus qui sont touchés et vivent dans d'autres pays à utiliser les recours disponibles dans le pays d'origine de la pollution. Or, ce qu'est en train de faire la Commission à l'article 14 est en un sens de décourager les gens de faire cela si leur lien avec le pays d'origine n'est pas volontaire. Ceci illustre le problème général de la fragmentation du droit international. Lorsque la Commission fait quelque chose dans le domaine du droit international général, elle doit tenir compte des développements qui, dans certains domaines plus spécifiques, peuvent ne pas aller dans le même sens.

26. M. Sreenivasa RAO dit que le problème de l'État tiers soulevé par le Président est essentiellement un problème de contrôle effectif d'un territoire. Si l'État qui ne peut maîtriser la mafia conserve néanmoins le contrôle de l'ensemble du territoire tandis que l'État tiers n'a aucun contrôle sur celui-ci, il convient de se reporter aux articles sur la responsabilité de l'État pour déterminer si un fait internationalement illicite peut être imputé au premier État.

27. M. PELLET demande pourquoi, dans le cas de Tchernobyl, les personnes lésées hors du territoire ukrainien ne devraient pas être tenues d'épuiser les recours internes avant que la protection diplomatique puisse être exercée à leur profit.

28. M. Sreenivasa RAO dit qu'il pense comme M. Simma que toute personne touchée par un incident à l'intérieur d'un territoire, même si elle n'en est pas un ressor-

tissant, doit avoir accès aux tribunaux et se voir offrir la possibilité d'épuiser les recours internes.

29. M. TOMKA rappelle que, lors du débat qui a déjà eu lieu au sujet de Tchernobyl, il avait demandé si l'exemple était bien choisi parce qu'il doutait sérieusement que l'incident en question ait constitué une violation du droit international. Il s'agit certainement d'une question de responsabilité (*liability*) mais non de responsabilité de l'État. La protection diplomatique est liée à la responsabilité de l'État, non à la responsabilité internationale (*liability*). L'incident de Tchernobyl ne concerne pas l'épuisement des recours internes parce qu'il relève de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, et non de la responsabilité de l'État pour violation du droit international.

30. Le PRÉSIDENT dit qu'il souscrit totalement à cette opinion et estime qu'il s'agit d'un sujet de débat fascinant, en se fondant sur l'hypothèse que la responsabilité existe, alors même que tel n'est pas le cas.

31. M. BROWNLIE dit qu'il semble qu'il y ait toujours une confusion. Si l'on suppose qu'une catastrophe du type Tchernobyl se produise en Ruritanie, que des sels de césium provenant du nuage radioactif tombent sur le Royaume-Uni et que les agriculteurs de ce pays sont informés qu'ils ne peuvent vendre leurs agneaux et qu'ils seront indemnisés – en d'autres termes, que *prima facie* la Ruritanie est responsable des dommages causés par une catastrophe de type Tchernobyl et que l'installation qui a causé ce dommage n'est pas une installation d'État –, selon une conception du droit, les recours internes devront être épuisés. Le simple bon sens semble indiquer qu'il serait oppressif d'exiger de petits exploitants agricoles qu'ils aillent en Ukraine, un pays dont ils n'ont aucune expérience, et trouvent les fonds nécessaires pour exercer des recours dans ce *locus in quo* particulier. C'est précisément parce que la Commission est compétente pour développer progressivement le droit international et qu'elle est aussi soucieuse des droits de l'homme qu'elle devrait, en toute logique, examiner dans quelles situations il serait oppressif d'exiger d'individus qu'ils épuisent les recours internes dans d'autres pays.

32. M. OPERTTI BADAN dit qu'il est pleinement d'accord avec M. Brownlie. L'alinéa *f* de l'article 14 envisage la seule situation dans laquelle l'État défendeur empêche l'accès aux recours internes. Elle ne vise pas la situation dans laquelle l'empêchement ne découle pas de l'attitude de l'État défendeur mais d'une situation de fait qui n'est pas nécessairement imputable à cet État. On peut rappeler d'autres principes du droit procédural : par exemple, l'adage ancien, mais qui demeure valide, concernant la suspension des délais, à savoir que les délais ne s'appliquent pas lorsque, pour une raison valable, la personne concernée est empêchée de les respecter. En d'autres termes, il ne faut tirer aucune conséquence négative pour l'exercice d'un droit de l'impossibilité de satisfaire à une condition. La Commission améliorerait sensiblement le projet si elle ne limitait pas la portée de l'alinéa *f* de l'article 14 au refus d'accès par l'État défendeur mais l'étendait aux situations de fait dans lesquelles il est difficile d'avoir accès à la justice et donc d'épuiser les recours internes.

33. M. PELLET dit qu'il n'est pas totalement sûr d'être d'accord avec M. Brownlie, bien que ce que celui-ci a dit offre matière à réflexion. On ne peut éluder la question du moment où les recours internes sont épuisés en disant que c'est lorsque quelque chose est contraire à la notion générale des droits de l'homme. Il faut examiner quelle règle a été violée, la violation d'une règle *erga omnes* par exemple, ou si un préjudice a été causé au patrimoine commun de l'humanité, etc. Dans de tels cas, les recours internes n'ont pas à être épuisés.

34. La position prise par M. Tomka et approuvée par le Président selon laquelle l'incident de Tchernobyl n'a pas engagé la responsabilité de l'État est intenable et soulève la question de savoir si la responsabilité internationale a un quelconque contenu. La responsabilité est assurément engagée par le non-respect de l'obligation de prévention. On ne saurait dire que l'Union soviétique s'est acquittée de son obligation de prévention, sinon le projet d'articles adopté à la précédente session sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses ne sert à rien.

35. Mme XUE dit que, s'agissant de la situation faisant intervenir la mafia, l'État défendeur conserve la responsabilité de veiller à ce qu'un recours soit disponible sans retard abusif. C'est la situation évoquée par le Président, à savoir celle où un pays B empêche l'action en justice; auquel cas, c'est le contrôle effectif ou la souveraineté de l'État défendeur qui importe. Le pays B peut avoir une certaine influence sur l'État défendeur, mais il faut se demander dans quelle mesure. Si la pression est telle que l'État défendeur ne peut exécuter ses obligations internationales, alors l'affaire est grave mais de nature différente. Si, d'autre part, malgré certaines pressions, l'État défendeur demeure en mesure d'offrir des recours internes, la situation est tout à fait différente. En bref, dans l'exemple faisant intervenir la mafia, l'État défendeur n'est pas justifié à ne pas s'acquitter de ses responsabilités, pas plus que l'État demandeur ne saurait se contenter d'affirmer qu'une menace lui a donné à penser que les recours internes ne seraient pas disponibles. Il s'agit d'une question de contrôle effectif ou de droits et obligations souverains de l'État défendeur.

36. L'exemple de l'incident de Tchernobyl et l'argument de M. Brownlie au sujet du lien volontaire sont valides. Mme Xue se demande toutefois si, dans ce genre de situation, il s'agit vraiment du traitement des étrangers. La question n'est-elle pas en réalité celle des effets extraterritoriaux ? Si les personnes lésées ne faisaient pas les efforts voulus pour exercer des recours internes, leur gouvernement pourrait présenter une réclamation internationale en leur nom. Telle est la pratique générale. Le principe de l'égalité d'accès est souvent invoqué au niveau international en matière d'environnement. Si ce principe s'applique également, il serait contradictoire que la règle du lien volontaire intervienne. Dans les affaires de pollution, il faut examiner, d'abord, s'il existe une règle internationale régissant la responsabilité internationale de l'État auteur; deuxièmement, si les parties lésées peuvent réellement utiliser l'accès à la justice qui leur est ouvert en théorie et, troisièmement, si l'affaire peut être considérée comme une affaire de protection diplomatique ou comme une affaire de responsabilité internationale pour

un préjudice extraterritorial. Ces questions ne doivent pas être confondues.

37. M. SIMMA dit que M. Koskenniemi a ouvert un débat sur la question de savoir s'il est judicieux de limiter l'alinéa *f* de l'article 14 aux cas dans lesquels l'État défendeur fait quelque chose intentionnellement, ou si un élément subjectif intervient. Le principe fondamental est énoncé à l'alinéa *a* de l'article 14 : il s'agit de savoir s'il existe une possibilité raisonnable de réparation effective. Ce serait un non-sens de dire que si l'État défendeur empêche une personne d'épuiser les recours internes, l'intéressé n'a pas à épuiser les recours internes, mais si un tiers ou même les conditions météorologiques empêchent l'accès aux tribunaux, l'intéressé demeure tenu de le faire. Le critère doit être objectif; la réponse ne doit pas dépendre du point de savoir si l'État dans lequel le recours peut être exercé fait lui-même subjectivement ou intentionnellement obstacle à l'exercice de ce recours.

38. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que l'alinéa *f* de l'article 14 a suscité un débat étonnamment intéressant. M. Gaja et M. Koskenniemi ont envisagé des situations dans lesquelles une partie lésée pourrait exercer une action en justice par l'intermédiaire d'avocats locaux ou d'avocats de son pays susceptibles d'avoir accès au territoire en question. Ceci fait apparaître la division entre systèmes de *common law* et systèmes de droit civil : dans un système de *common law,* l'individu lésé peut être tenu de comparaître en personne devant le tribunal, et s'il n'est pas autorisé à se rendre dans l'État défendeur, il ne peut intenter son action.

39. L'alinéa *b* de l'article 14 concerne la renonciation et l'estoppel. La règle de l'épuisement des recours internes est conçue au bénéfice de l'État défendeur et cet État peut donc décider d'y renoncer. Ceci peut assurément être fait de manière expresse et peut l'être tacitement selon les circonstances. La renonciation à la règle de l'épuisement des recours internes crée des difficultés du point de vue de la théorie du droit et la distinction entre condition de procédure et condition de fond intervient. Si la règle de l'épuisement des recours internes est de nature procédurale, il n'y a aucune raison pour que l'on ne puisse y renoncer. Il s'agit tout simplement d'une procédure qui doit être suivie et l'État défendeur peut donc y renoncer. Le fait internationalement illicite n'est pas affecté et le différend peut être réglé par un tribunal international.

40. Si, par contre, la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de fond, l'État défendeur ne peut y renoncer, parce que le fait illicite ne sera achevé qu'une fois qu'il y aura eu déni de justice dans le cadre de l'épuisement des recours internes ou s'il est établi qu'il n'existait pas de recours adéquat ou suffisant dans l'État défendeur. Ceci explique pourquoi certains partisans de la règle de fond ne traitent pas le sujet et pourquoi, lorsqu'elle a adopté l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, la Commission n'a mentionné la renonciation ni dans le texte de la disposition ni dans le commentaire. Certes, certains partisans de la règle de fond, comme Borchard et Gaja, estiment que l'on peut concilier cette attitude avec leur position, et le Rapporteur spécial en convient. Mais cela suscite un débat en doctrine. C'est l'une des raisons pour lesquelles il a lui-même déclaré que l'on ne pouvait tout simplement pas écarter la distinction procédure/fond, même s'il a l'impression que c'est ce que la Commission entend faire.

41. La renonciation peut être expresse ou tacite et découler du comportement de l'État défendeur, auquel cas on peut dire que l'État défendeur est empêché de faire valoir que les recours internes n'ont pas été épuisés.

42. Une renonciation expresse peut figurer dans un compromis conclu pour régler un différend existant ou dans un traité général disposant que les différends futurs seront réglés par arbitrage. De telles renonciations sont acceptables et généralement considérées comme irrévocables. Les renonciations implicites présentent davantage de difficultés, comme l'a montré l'affaire *ELSI* (par. 53 du rapport) : la CIJ n'a pu « admettre qu'un principe important du droit international coutumier soit considéré comme ayant été tacitement écarté, en l'absence de disposition exprimant clairement l'intention de le faire » [par. 50 de l'arrêt]. Il doit donc y avoir des preuves claires d'une telle intention, et certains juristes ont suggéré qu'il existait une présomption, certes non irréfragable, à l'encontre d'une renonciation implicite. Mais lorsque l'intention de renoncer à la règle de l'épuisement des recours internes ressort clairement du texte de l'accord ou des circonstances de l'espèce, elle doit être considérée comme implicite. Il est impossible d'énoncer une règle générale sur le point de savoir quand une renonciation implicite existe, et le Rapporteur spécial indique qu'il en donne quatre exemples dans son troisième rapport (par. 56 à 59), des considérations particulières pouvant toutefois jouer. Le premier de ces exemples est celui d'un traité général d'arbitrage : lorsque l'État défendeur a convenu de soumettre à l'arbitrage les différends pouvant survenir à l'avenir entre lui et l'État demandeur et lorsque la règle de l'épuisement des recours internes n'est pas mentionnée, il existe une présomption à l'encontre d'une renonciation implicite. C'est ce qui semble découler de la décision rendue dans l'affaire *ELSI*. Le silence dans un traité général d'arbitrage relatif aux différends futurs n'implique pas renonciation. Le second exemple est celui de la question qui a été examinée en une occasion par la CPJI, à savoir si le dépôt d'une déclaration en vertu de la clause facultative impliquait renonciation. Dans l'affaire du *Chemin de fer Panevezys-Saldutiskis*, un juge de la Cour permanente a, dans une opinion dissidente, déclaré que tel était le cas, mais la Cour n'a pas fait sienne cette position et, depuis lors, la pratique des États donne à penser qu'il ne peut pas en être ainsi. Le troisième exemple est celui d'un compromis d'arbitrage conclu après la naissance du différend qui ne mentionne pas la règle de l'épuisement des recours internes. Dans un tel cas, le silence peut être interprété comme une renonciation, du fait que le compromis a été signé après la naissance du différend. Le quatrième exemple concerne une situation plus complexe, à savoir celle dans laquelle un étranger a conclu avec l'État défendeur un contrat dans lequel cet État renonce implicitement à la règle de l'épuisement des recours internes et a refusé ensuite de se soumettre à l'arbitrage. Si l'État de nationalité prend fait et cause pour son ressortissant dans de telles circonstances, la renonciation implicite peut également s'étendre aux procédures internationales, mais la doctrine est divisée sur ce point.

43. Ainsi, on peut conclure que la renonciation ne saurait se présumer, mais qu'elle doit être considérée comme

implicite parce que l'intention de l'État défendeur de renoncer à la règle est clairement attestée. Pour cette raison, le Rapporteur spécial propose de conserver la référence à la renonciation implicite qui figure à l'alinéa *b* de l'article 14.

44. Les mêmes considérations valent dans le cas de l'estoppel : si l'État défendeur se conduit de manière à donner à penser qu'il a abandonné son droit d'exiger l'épuisement des recours internes, il peut être empêché, par estoppel, de dire ultérieurement que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique. La possibilité d'invoquer l'estoppel dans un tel cas a été admise par la CIJ dans l'affaire *ELSI* et confirmée par la jurisprudence en matière de droits de l'homme.

45. Le Rapporteur spécial souligne que l'alinéa *b* de l'article 14 est nécessaire. Il est manifeste que l'État défendeur a le pouvoir de renoncer expressément à la règle de l'épuisement des recours internes. Dans certaines circonstances, il est possible de conclure à une renonciation ou de juger que l'estoppel empêche l'État défendeur d'exiger l'application de la règle. Ainsi, la Commission doit mentionner la renonciation implicite et l'estoppel, en ayant à l'esprit qu'ils ne doivent pas être facilement acceptés et sont fonction des circonstances de chaque espèce.

46. Quant aux alinéas *c* et *d* de l'article 14, le Rapporteur spécial a proposé que la Commission examine les dispositions étroitement liées relatives au lien volontaire et au rattachement territorial. Ces règles bénéficient d'un certain appui, mais on peut aussi dire que la disposition existante excluant l'application de la règle de l'épuisement des recours internes peut couvrir la teneur de ces deux paragraphes. Le Rapporteur spécial rappelle que, lorsque la Commission a examiné la question en ce qui concerne l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États, elle a décidé qu'il n'était pas nécessaire d'inclure de telles dispositions. Il s'agit d'une des rares occasions dans lesquelles il est venu au secours de l'article 22, même si c'était sans grand enthousiasme. Il indique que dans son rapport il demande si la Commission souhaite qu'il y ait une ou plusieurs dispositions distinctes sur l'absence de lien volontaire ou de rattachement territorial. Le débat sur le sujet a pour l'essentiel été suscité par l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, dans laquelle la question se posait de savoir si des Israéliens étaient tenus d'épuiser les recours internes en Bulgarie pour qu'Israël puisse formuler une réclamation internationale contre la Bulgarie parce qu'un appareil de la compagnie El Al avait été abattu au-dessus de la Bulgarie. Manifestement, il n'y avait aucun lien volontaire entre les parties lésées et la Bulgarie. Meron a fait observer que, dans toutes les affaires classiques faisant intervenir la règle de l'épuisement des recours internes, il y avait un lien entre l'individu lésé et l'État défendeur, sous la forme d'une présence physique, de la résidence, de la propriété de biens ou d'une relation contractuelle[5]. Meron et d'autres ont soutenu que la protection diplomatique avait subi une évolution majeure au cours des dernières années. Par le passé, elle intervenait lorsqu'un national s'était rendu à l'étranger, et il devait avoir épuisé les recours internes avant que l'affaire ne puisse être portée au niveau international. Or, aujourd'hui, le problème se pose des dommages transfrontières causés à l'environnement; le Rapporteur spécial a cité l'exemple de Tchernobyl et l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*. À l'évidence, ces situations sont différentes de celles que l'on a connues par le passé lorsque, par exemple, un Américain se rendait dans un pays d'Amérique latine, exploitait les habitants et, lorsqu'il avait des ennuis, demandait l'assistance de l'Oncle Sam. Ceux qui sont favorables à l'adoption d'une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes fondée sur l'absence de lien volontaire ou territorial font valoir que, dans les affaires traditionnelles, l'étranger avait assumé un risque dans le sens où il s'était soumis à la juridiction de l'État défendeur et qu'on pouvait donc compter qu'il utiliserait les recours internes.

47. Malheureusement, aucune décision de jurisprudence ne milite clairement en faveur de l'inclusion d'une règle distincte. Les décisions judiciaires sont ambiguës. Celles qui sont favorables à une exception à la règle de l'épuisement des recours internes visent l'affaire *Interhandel* dans laquelle la CIJ a déclaré : « il a été considéré en pareil cas nécessaire que l'État où la lésion a été commise puisse y remédier par ses propres moyens » [arrêt, p. 27]. Amerasinghe a fait valoir que la référence à l'État où la violation s'était produite indique qu'un lien territorial est nécessaire[6]. À nouveau, dans l'affaire *Salem*, le tribunal arbitral a déclaré qu'« en règle générale, l'étranger doit reconnaître qu'il est justiciable des voies de droit instituées par le pays où il a bel et bien choisi de résider » [arbitrage, p. 1202]. Mais la question de savoir s'il devait y avoir une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes ne s'est posée dans aucune de ces affaires.

48. Le problème a été exposé plus clairement dans l'affaire des *Emprunts norvégiens*, à l'occasion de laquelle la France a fait valoir que les ressortissants français porteurs de titres norvégiens mais résidant en France n'étaient pas tenus d'épuiser les recours internes en Norvège. La Cour n'a pas jugé nécessaire de statuer sur ce point mais, dans une opinion dissidente, le juge Read a relevé que la position française n'était pas étayée par la jurisprudence. La question avait été plaidée de manière persuasive dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955* par Rosenne, qui avait souligné qu'il ressortait de l'ensemble de la jurisprudence « que la règle ne trouve application que lorsque l'étranger, l'individu lésé, a établi ou est réputé avoir établi *un lien volontaire, conscient et délibéré*[*] entre lui et l'État étranger en cause. Toute la jurisprudence a trait à des cas où un lien de cette nature est né, par exemple de la résidence dans l'État en cause, de l'exercice d'activités commerciales dans cet État, ou de la possession d'un bien sur son territoire » (par. 74 du rapport). Là encore, la Cour ne s'est pas davantage prononcée sur ce point.

49. Les affaires de dommages transfrontières donnent à penser qu'il n'est pas nécessaire d'épuiser les recours internes. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), le Canada n'a pas insisté pour que les recours internes soient épuisés. Il n'y avait pas de recours internes à épuiser au Canada ni, d'ailleurs, aux États-Unis d'Amérique. Mais on peut aussi expliquer la sentence rendue

[5] T. Meron, "The incidence of the rule of exhaustion of local remedies", *British Year Book of International Law 1959*, vol. 35, p. 83, en particulier p. 94.

[6] C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, Cambridge, Grotius, 1990, p. 145.

dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* en disant qu'un préjudice direct avait été causé par l'État défendeur (le Canada) à l'État demandeur (les États-Unis) et que dans une telle situation il n'était pas nécessaire d'épuiser les recours internes.

50. Les partisans du lien volontaire ou territorial avancent des arguments persuasifs. Les arguments des opposants le sont moins, et il n'est guère légitime de citer comme ils le font les affaires de l'*Arbitrage relatif aux navires finlandais*, *Ambatielos* et *ELSI* (par. 76 du rapport), alors qu'il n'y avait pas dans ces affaires de lien étroit entre l'individu et l'État défendeur. Et pourtant il y avait bien un lien, même s'il n'était pas étroit, entre l'individu lésé et l'État défendeur. Les partisans du lien volontaire n'assimilent pas ce lien à la résidence. Si la résidence était une condition, la règle de l'épuisement des recours internes ne serait pas applicable en cas d'expropriation de biens étrangers ou en matière de relations contractuelles lorsque l'étranger lésé n'est pas un résident permanent de l'État défendeur. La pratique des États n'est pas claire. Le Rapporteur spécial indique qu'il fait observer au paragraphe 79 de son rapport que l'État responsable d'avoir abattu par accident un aéronef étranger n'exige pas des familles des victimes qu'elles épuisent les recours internes. Il en va de même en cas de dommages transfrontières à l'environnement; le rapport à l'examen évoque à cet égard un compromis d'arbitrage concernant le barrage de Gut[7], dans lequel le Canada a renoncé à la règle, et la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, qui elle non plus n'exige pas l'épuisement des recours internes.

51. Les premières entreprises de codification (par. 81 et 82 du rapport) sont restées muettes sur cette question parce qu'elles étaient en général axées sur la responsabilité de l'État pour les dommages causés sur son territoire à la personne ou aux biens d'étrangers, et sur la situation classique dans laquelle un étranger s'était rendu dans un autre État pour y établir sa résidence et y mener des activités commerciales. La Commission s'est abstenue de prévoir une exception à la règle de l'épuisement des recours internes en la matière parce que ni la pratique des États ni les décisions judiciaires n'en ont traité, et qu'elle a jugé qu'il était préférable qu'elle soit régie par les règles existantes et de laisser la pratique des États se développer, si nécessaire selon une exception spécifique.

52. Il existe une bonne raison d'envisager sérieusement de conserver les exceptions prévues aux alinéas *c* et *d* de l'article 14. Il semble injuste et mal commode d'insister pour qu'un étranger épuise les recours internes dans les quatre situations visées au paragraphe 83 du rapport : les dommages transfrontières à l'environnement causés par la pollution, les retombées radioactives ou des objets spatiaux artificiels, le fait d'abattre un aéronef hors du territoire de l'État défendeur ou un aéronef qui a pénétré dans son espace aérien par accident, le fait pour un soldat de l'État B de tuer un ressortissant de l'État A en poste dans le territoire de cet État, et l'enlèvement transfrontière d'un ressortissant étranger sur le sol soit de son État d'origine soit d'un État tiers par des agents de l'État défendeur. La Commission doit se demander si ces exemples appellent une règle spéciale qui les soustrairait à la règle de l'épuisement des recours internes ou s'ils relèvent des règles déjà en vigueur. Dans nombre de ces cas, le préjudice causé par l'État défendeur à l'État demandeur est direct. Si la Commission accepte la règle de la prépondérance que le Rapporteur spécial propose dans le projet d'article 11, celle de l'épuisement des recours internes ne trouverait pas application dans nombre de ces cas parce que le préjudice est direct; et ceci est vrai du dommage écologique transfrontière, du fait d'abattre un aéronef par accident et de l'enlèvement transfrontière d'un national. Dans certaines situations, l'État demandeur renonce à introduire une réclamation directe, et l'on peut alors faire valoir que la règle de l'épuisement des recours internes s'applique, mais, dans ce cas également, il est fort probable qu'aucun recours efficace n'est disponible. Et l'on en revient à l'argument selon lequel on ne saurait compter que les personnes affectées par la catastrophe de Tchernobyl épuisent les recours internes en Union soviétique. Jiménez de Aréchaga a soutenu de manière persuasive qu'il ne serait pas équitable d'exiger d'un individu qu'il tente d'exercer des recours efficaces dans un État étranger[8] (par. 86 du rapport).

53. Le Rapporteur spécial indique qu'il garde l'esprit ouvert sur le sujet et qu'il est conscient des raisons militant en faveur de l'inclusion d'une telle règle; c'est pourquoi il a proposé les alinéas *c* et *d* de l'article 14. Mais il est prêt à admettre que, dans la plupart des cas, les exceptions existantes à la règle de l'épuisement des recours internes, à savoir le préjudice direct et l'absence de recours efficaces, seraient applicables. Il appartient à la Commission de décider si elle souhaite suivre la voie empruntée à sa quarante-huitième session et laisser à la pratique des États le soin de développer la question, ou si elle estime qu'il est nécessaire d'intervenir *de lege ferenda*.

La séance est levée à 11 h 40.

[7] Accord entre le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Canada concernant la création d'un tribunal international d'arbitrage chargé de régler les réclamations des États-Unis relatives au barrage de Gut, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 607, nº 8802; reproduit dans *ILM*, vol. 4, nº 3 (mai 1965), p. 468.

[8] E. Jiménez de Aréchaga, "General course in public international law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye 1978-I*, Sijthoff et Noordhoff, vol. 159, p. 296.

2717e SÉANCE

Mercredi 8 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemi-

cha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. GAJA estime que la question de la renonciation peut s'envisager sous différents aspects. Il rappelle qu'à l'alinéa *a* de l'article 45 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[4], il était question de renonciation par l'État lésé, alors qu'il s'agit ici d'une renonciation par l'État défendeur. Dans la pratique, cette renonciation concernera le plus souvent l'obligation d'épuiser les recours internes mais elle pourrait également porter sur d'autres conditions de recevabilité, telles que la nationalité de l'individu lésé. Il serait logique de prévoir une disposition générale relative à la renonciation, soit par l'État demandeur, soit par l'État défendeur, et de prévoir aussi une disposition générale sur l'estoppel ou l'acquiescement, comme cela a été fait à l'alinéa *b* de l'article 45 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite en ce qui concerne l'État lésé et, en ce qui concerne l'État défendeur, également à l'alinéa *b* de l'article 14 proposé par le Rapporteur spécial. En tout état de cause, si la Commission juge utile de formuler une règle spéciale sur la renonciation au droit d'exiger l'épuisement des recours internes, il serait judicieux de séparer celle-ci des dispositions relatives à l'efficacité des recours internes ou à la présence d'un lien effectif entre l'individu lésé et l'État défendeur, car elles touchent à la recevabilité des réclamations en général alors que la question de la renonciation ne concerne que l'exercice de la protection diplomatique dans un cas particulier. Par ailleurs, il convient d'éviter toute confusion entre la renonciation et un éventuel accord conclu entre l'État demandeur et l'État défendeur au terme duquel l'épuisement des recours internes n'est pas obligatoire, accord qui produirait le même effet et serait assimilable à de la *lex specialis* mais ne relève pas de la codification du droit international.

2. En cas d'absence de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur, ou lorsque le fait internationalement illicite n'a pas été commis sur le territoire de celui-ci, et même si la pratique sur ce point n'est pas constante, M. Gaja estime, comme le Rapporteur spécial, qu'il peut alors être inéquitable d'imposer systématiquement l'épuisement des recours internes et que, dans le cadre du développement progressif, il est justifié de prévoir des exceptions à cette règle. Toutefois, le texte des alinéas *c* et *d* de l'article 14 va peut-être trop loin en laissant entendre que l'absence de lien volontaire et le fait que l'acte s'est produit en dehors du territoire suffisent en eux-mêmes à justifier l'exception, et c'est pourquoi M. Gaja suggère de prévoir une disposition unique admettant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes dans l'un ou l'autre de ces deux cas, lorsque les circonstances le justifient.

3. Mme ESCARAMEIA approuve l'exception proposée par le Rapporteur spécial à l'alinéa *b* de l'article 14 et n'aurait donc aucune objection à ce que cette disposition soit renvoyée au Comité de rédaction.

4. En ce qui concerne les alinéas *c* et *d*, ils touchent à son avis au cœur de la question, c'est-à-dire de ce qu'est l'institution de la protection diplomatique, d'où la nécessité de les inclure dans le projet. Mme Escarameia constate avec satisfaction que le Rapporteur spécial a tenu compte des nouvelles réalités contemporaines qui font qu'en raison du développement des voyages les individus sont plus que par le passé exposés à être lésés par un État avec lequel ils n'ont aucun lien. Dans certains cas précis, il ne serait ni équitable, ni raisonnable, ni pratique d'exiger l'épuisement des recours internes et, par ailleurs, il ne faut pas laisser les victimes dans l'incertitude quant à ce que pourraient décider les tribunaux. Tout le débat sur la question met en évidence l'existence de deux conceptions de la protection diplomatique qui s'opposent : selon la première, traditionnelle, seuls les États sont des sujets de droit et c'est à eux qu'il appartient d'apprécier si la protection diplomatique doit être mise en œuvre. Dans ce cadre, peu d'exceptions sont possibles, l'accent est mis sur les règles de nationalité et d'épuisement des recours internes, protectrices de la souveraineté de l'État mis en cause, et les situations auxquelles la protection diplomatique s'applique sont limitées. Elles n'incluront pas, par exemple, les situations de dommages transfrontières à l'environnement. L'autre conception, qui tient davantage compte du fait qu'aujourd'hui les déplacements sont très fréquents, que des dommages transfrontières se produisent et que des entités échappant au contrôle de l'État sont à l'œuvre, s'attache davantage aux préjudices subis par l'individu; elle est plus ouverte aux exceptions en matière de nationalité ou d'épuisement des recours internes et à l'extension de la protection diplomatique aux situations de dommages transfrontières. Certes, la Commission pourrait, au moment de la rédaction, adopter une formulation souple, vague, ou équilibrer l'inflexion donnée dans un paragraphe par une inflexion contraire dans un autre, ou encore reporter le problème à l'application du texte par les tribunaux, mais, sur les deux points considérés, il conviendrait de faire un choix et de décider si la Commission souhaite accompagner les mutations du monde contemporain. Pour sa part, Mme Escarameia souhaite que ce soit la voie choisie.

---

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[4] Voir 2712e séance, note 13.

5. M. KATEKA se dit soulagé de constater que les participants s'efforcent d'éviter le débat sur la nature – règle de fond ou règle de procédure – du principe de l'épuisement des recours internes. Il estime que l'article 12 pourrait être renvoyé au Comité de rédaction; quant à l'article 13, il paraîtrait opportun de le reléguer dans le commentaire. Par ailleurs, il relève que, dans le deuxième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/514), il est question des recours judiciaires et administratifs, mais il n'y a pas beaucoup d'exemples de recours de nature administrative. De tels exemples pourraient enrichir l'étude de la question.

6. Dans son troisième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/523 et Add.1), le Rapporteur spécial fait part de son intention d'ajouter un additif, ou deux additifs distincts, sur les questions de la clause Calvo et du déni de justice. La clause Calvo est en effet un élément pertinent et qu'il conviendrait d'inclure dans l'étude du projet d'articles.

7. S'agissant de l'alinéa *a* de l'article 14 proposé, M. Kateka est favorable à l'option intermédiaire (« n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace »). Il est d'avis que l'alinéa *e*, où apparaît la notion de retard abusif, devrait être retenu, et l'alinéa *f* lui paraît utile sous certains aspects. Quant à la formulation de l'alinéa *b*, elle lui paraît problématique, dans la mesure où il ne voit pas comment une renonciation « implicite » peut exprimer une intention certaine et sans équivoque. S'agissant des « cas difficiles » visés par les alinéas *c* et *d*, l'exception à la règle de l'épuisement des recours internes lui paraît justifiée. Enfin, M. Kateka considère que la question de la charge de la preuve devrait pouvoir être intégrée au commentaire.

8. M. PELLET, rappelant qu'il est favorable au renvoi au Comité de rédaction des alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14, et pas à celui de l'article 15, constate que les alinéas *a*, *e* et *f* donnent matière à débat. Sur le principe, il est clair que l'obligation d'épuisement des recours internes n'existe que si ceux-ci offrent réellement une possibilité d'aboutir dans un délai acceptable; c'est là qu'intervient la notion de déni de justice qui est inséparable de la question traitée à l'alinéa *a*. M. Pellet note que le Rapporteur spécial reprend, au paragraphe 21 de son rapport, la définition du déni de justice donnée à l'article 9 de l'avant-projet adopté par la Troisième Commission de la Conférence de La Haye de 1930[5], mais en lui donnant une portée duale qu'elle n'a pas. Selon cette définition, l'épuisement des recours internes ne s'impose évidemment pas en cas de déni de justice mais c'est une conséquence de ce déni de justice. M. Pellet estime qu'il est inutile de s'engager à cette occasion dans un débat sur le caractère de règle primaire ou de règle secondaire de cette notion. Le cas du déni de justice lui paraît en tout état de cause traité par les alinéas *a*, *e* et *f* de l'article 14. Il est donc inutile de lui consacrer une disposition particulière, et ce point devrait être souligné dans le commentaire. L'important, c'est que les voies de recours soient fermées et que ceci soit évident pour tout observateur impartial.

9. S'agissant de la formulation de l'alinéa *a*, M. Pellet se dit convaincu par l'argumentation du Rapporteur spécial en faveur de l'option 3. Mais quelle que soit l'option retenue, les termes proposés font une très large place à la subjectivité de l'interprète, qu'il s'agisse du terme « futile » ou du terme « raisonnable », lequel, plus familier aux praticiens de la *common law*, n'est pourtant pas étranger au droit international public. Le critère du « raisonnable » reste cependant vague et renvoie au problème de la charge de la preuve, raison pour laquelle M. Pellet avait demandé au Rapporteur spécial de présenter l'article 14 et l'article 15 en même temps, espérant trouver dans l'article 15 une limite à l'arbitraire apparent du critère retenu à l'article 14. Or tel n'est pas le cas. En effet, l'article 15 se place sur le terrain de la procédure contentieuse, ce qui est discutable en droit international car c'est essentiellement un droit sans juges et le projet vise à indiquer aux États ce qu'ils doivent faire face à des problèmes de protection diplomatique. De plus, la charge de la preuve n'est pas un problème spécifique à l'épuisement des recours internes. Enfin et surtout, la question n'est pas de savoir qui doit prouver mais ce qui doit être prouvé. Il conviendrait par conséquent de préciser la notion de « raisonnable » dans le contexte de la protection diplomatique en gardant à l'esprit que l'État auteur du fait illicite à l'origine du dommage est censé connaître son droit interne et peut donc évaluer les chances de succès d'un recours, alors que ce droit n'est pas familier au particulier lésé et à l'État qui entend le protéger et que cette évaluation est donc difficile pour eux.

10. M. Pellet ne peut s'empêcher de penser, à cet égard, à la question des « ratifications imparfaites », certes complexe mais qui a été tranchée de façon acceptable et généralement acceptée par l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités (dénommée ci-après « Convention de Vienne de 1969 »), intitulé « Dispositions du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités » : son paragraphe 1 dispose que seule une violation manifeste et d'importance fondamentale du droit interne d'un État est susceptible de vicier un traité, et son paragraphe 2 qu'« une violation est manifeste si elle est objectivement évidente pour tout État se comportant en la matière conformément à la pratique habituelle et de bonne foi ». M. Pellet ne prétend pas qu'il soit possible de transposer cette formule telle quelle au sujet de la protection diplomatique, mais il croit que le problème est comparable : il s'agit dans les deux cas de permettre à l'État B protecteur ou au particulier lésé qui ne sont pas familiers avec le droit interne de l'État A qui a causé le préjudice d'apprécier si ce droit offre des recours dont les chances de succès sont raisonnables; et, dans les deux cas, il y a certainement une présomption en faveur de l'État A et de l'existence de recours internes dans son droit. M. Pellet n'est pas sûr que la formule énoncée au paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 soit la panacée ni que l'expression « objectivement évidente » soit plus satisfaisante que « raisonnable », mais il lui semble que le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction devraient réfléchir plus avant dans cette direction, car l'inclusion dans le projet à l'étude d'une référence à la pratique habituelle et à la bonne foi permettrait d'introduire un critère moins subjectif et, partant, réduirait les sources de frictions et de litiges entre les États.

11. Résumant à ce stade sa position sur ce point, M. Pellet pense qu'il faudrait abandonner l'article 15 et renvoyer

[5] Ibid., note 18.

l'alinéa *a* de l'article 14 au Comité de rédaction, tout en en précisant le contenu même si l'option 3 est retenue comme point de départ.

12. L'alinéa *e* de l'article 14 appelle de la part de M. Pellet les mêmes observations : certes, la décision doit être susceptible d'aboutir « sans retard abusif », mais il est sans doute souhaitable et possible de préciser dans le texte de l'article ce qui est abusif. Au demeurant, M. Pellet se demande si l'alinéa *e* ne pourrait pas être combiné avec l'alinéa *a*, dont il doit être en tout cas rapproché car il en est manifestement le prolongement nécessaire et évident. N'étant pas membre du Comité de rédaction, il se permet de proposer en plénière un texte dans ce sens, qui pourrait être conçu comme suit : « Il n'y a pas lieu d'épuiser les recours internes lorsque le droit de l'État responsable du fait internationalement illicite n'offre à la personne lésée aucune possibilité objective d'obtenir réparation dans un délai raisonnable. » Il serait ensuite précisé que « La possibilité objective d'obtenir réparation dans un délai raisonnable doit être appréciée de bonne foi [au regard de la pratique habituellement suivie] ou [conformément aux principes généraux de droit] ».

13. Se référant à l'alinéa *f*, M. Pellet partage l'avis de M. Gaja à son sujet : ou bien cette disposition est interprétée dans un sens large, auquel cas elle fait clairement double emploi avec l'alinéa *a*; ou bien, interprétée au pied de la lettre, elle signifie que la personne lésée est physiquement empêchée d'accéder aux institutions qui administrent les recours internes. En fait, à en juger par la position adoptée par le Rapporteur spécial au paragraphe 101 de son troisième rapport, c'est cette dernière interprétation qui serait la bonne. Or, elle constitue purement et simplement une erreur, et, sans doute, une erreur « droits de l'hommiste » : il est tout à fait possible d'épuiser des recours internes par avocat ou représentant interposé. Cela vaut, bien entendu, à condition que la charge financière ne soit pas disproportionnée, car, si tel est le cas, on retombe dans le droit fil de l'alinéa *a*. M. Pellet ne voit absolument pas pourquoi un recours n'est pas raisonnable, effectif, sous prétexte que l'État responsable ne veut pas laisser l'individu lésé entrer sur son territoire : il suffirait qu'il le laisse être représenté d'une façon adéquate.

14. M. Pellet n'est pas convaincu par l'explication que le Rapporteur spécial a donnée à ce propos en avançant qu'il s'agit d'un problème d'incompréhension entre les juristes latins et les juristes se réclamant de la *common law*. En effet, aussi bien dans les pays relevant de la tradition romano-germanique que dans ceux appartenant à la *common law* ou au droit islamique ou encore aux systèmes socialistes, il est en général possible de plaider par procureur, et même la Cour européenne des droits de l'homme semble l'admettre. En revanche, si le recours s'avère être, du fait de l'obligation de recourir aux services d'un avocat, abusivement onéreux, il ne saurait être qualifié d'effectif, et M. Pellet se demande alors s'il n'y aurait pas lieu de mentionner expressément cette hypothèse à l'alinéa *a*.

15. Toujours à propos du bloc d'alinéas *a*, *e* et *f*, M. Pellet souligne que si, comme il l'espère, les idées qui y sont exprimées sont retenues, il lui semble alors parfaitement inutile d'ajouter à l'article 10 une référence aux recours juridiques internes « adéquats et efficaces » car elle ferait double emploi. Or, le projet constitue un tout et il est superflu de dire vaguement à l'article 10 ce qui sera développé et précisé à l'article 14. Il suffit de poser à l'article 10 l'obligation de l'épuisement des recours internes et d'énoncer à l'article 14 les limites de cette obligation.

16. M. Pellet tient à indiquer, avant d'aborder l'examen des alinéas *b*, *c* et *d* de l'article 14, qu'il manque dans ce dernier une idée, à ses yeux importante : pour qu'un particulier soit réputé avoir épuisé les recours internes, il ne suffit pas qu'il ait saisi le juge interne compétent; encore faut-il qu'il ait invoqué devant lui les moyens de droit pertinents si ces moyens ne sont pas d'ordre public. Les affaires *ELSI* et *LaGrand* portées devant la CIJ, ou encore l'affaire belge *De Wilde, Ooms et Versyp (« Vagabondage »)* portée devant la Cour européenne des droits de l'homme offrent des matériaux qui méritent d'être étudiés et qui sans doute conduiraient à inclure une disposition dans ce sens, soit sous forme d'alinéa supplémentaire à l'article 14, soit sous forme de nouvel article dans le projet.

17. Passant à l'alinéa *b* de l'article 14, M. Pellet déclare ne pas comprendre en quoi la question de savoir si la règle énoncée est une règle de procédure ou une règle de fond peut avoir une influence sur le problème qui occupe la Commission, l'objectif étant de toute manière de protéger l'État responsable auteur du fait internationalement illicite, et celui-ci peut renoncer à cette protection à son gré. Cela dit, il accepte le principe posé à l'alinéa, en émettant cependant des réserves quant à la rédaction. Tout d'abord, il n'est pas enthousiaste à l'idée d'inclure le mot et la notion d'« estoppel » : non seulement ils sont typiques de la *common law* et suscitent quelque méfiance chez les juristes de droit latin, mais encore l'hypothèse de l'estoppel est couverte par celle, plus large, de la renonciation implicite. Ensuite, il estime souhaitable de préciser que la renonciation doit être claire, même si elle est implicite, et dépourvue d'ambiguïté. La jurisprudence et la doctrine citées par le Rapporteur spécial semblent aller dans ce sens. Enfin et surtout, et c'est là un point fondamental, M. Pellet se déclare troublé, pour le moins, par l'irruption inopinée de l'expression « État défendeur », qui relèverait de l'élaboration d'un texte de procédure contentieuse et qui d'ailleurs ne semble figurer ni dans les articles qui ont déjà été renvoyés au Comité de rédaction ni dans les articles 12 et 13. Il n'en perçoit pas la justification et pense qu'il y aurait tout intérêt, sur ce point, à s'en tenir à la terminologie employée dans les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Dans le présent contexte sont en présence un État lésé, en la personne de son ressortissant, et un autre État responsable.

18. À propos des alinéas *c* et *d* de l'article 14, M. Pellet avoue que la lecture du rapport a aiguisé sa curiosité à l'égard de la notion de « lien volontaire » (al. *c*) mais qu'elle n'a pas complètement dissipé sa perplexité. Il explique que celle-ci est due davantage à la manière dont le Rapporteur spécial présente cette notion – en l'étudiant en même temps que celle du « lien de rattachement territorial » (al. *d*) et en plaçant les deux sur le même plan alors que la seconde n'est qu'une illustration ambiguë de la première – qu'à la notion elle-même, à ses yeux séduisante et tout à fait adaptée, encore que reflétant davantage la doctrine que la pratique. M. Pellet croit comprendre que la notion de « lien volontaire » signifie que les recours internes n'ont pas à être épuisés dans le cas où un État cause un dommage à une personne qui n'a pris aucune part à

son malheur, aucun risque initial, qui n'a pas pris l'initiative du contact, n'est pas allée sur le territoire de l'État responsable, n'y a pas investi. S'il est fait abstraction de la pratique, cette idée paraît raisonnable et résoudrait les problèmes que M. Pellet a soulevés à la séance précédente et éliminerait les hypothèses évoquées par le Rapporteur spécial au paragraphe 83 de son troisième rapport. M. Pellet comprend que le Rapporteur spécial voie « à l'évidence du mérite » à cette idée, mais il ne comprend pas qu'en guise de conclusion, il penche plutôt en faveur du rejet de la règle posée à l'alinéa *c*. Dans son principe, cette règle paraît répondre à des considérations de bon sens et d'équité. Certes, elle n'est pas clairement consacrée par la jurisprudence, mais la pratique mentionnée par le Rapporteur spécial la justifierait plutôt, encore qu'il semble exister des pratiques contraires, notamment en matière de réparation des dommages causés par la pollution. À ce propos, M. Pellet dit regretter avoir mentionné à la séance précédente la question des pollutions maritimes du type *Torrey Canyon* ou *Amoco Cadiz*, qui, sous cet angle, sortent du sujet. Cette parenthèse fermée, il souligne que la Commission a, avec l'alinéa *c*, une excellente occasion de faire œuvre de développement progressif du droit international, et il approuve le principe du renvoi de cet alinéa au Comité de rédaction, ajoutant qu'il serait sans doute préférable de donner une définition de l'expression « lien volontaire », qui n'est ni acquise ni évidente, non pas dans le commentaire mais dans l'article lui-même.

19. En revanche, M. Pellet ne trouve aucun intérêt à l'alinéa *d*, qui, tel que présenté par le Rapporteur spécial, ne lui paraît être qu'une des sous-hypothèses de l'hypothèse couverte à l'alinéa *c*. Qui plus est, interprété littéralement, il contredirait inutilement l'hypothèse du « lien volontaire ». Par exemple, dans le cas d'un incident aérien – un avion abattu sur le territoire d'un État A par cet État A –, il n'y a pas de lien volontaire entre l'État A auteur du fait internationalement illicite commis dans sa juridiction territoriale, son espace aérien, et la partie lésée, mais ce qui justifie l'hypothèse du lien volontaire s'applique tout spécialement : les personnes à bord de l'avion n'ont évidemment pas choisi un quelconque lien territorial; il se trouve qu'elles étaient sur le territoire de l'État A. Mieux vaut donc abandonner l'alinéa *d*.

20. M. BROWNLIE, revenant sur l'alinéa *c* de l'article 14, s'étonne que le Rapporteur spécial fasse preuve de tant de frilosité vis-à-vis de la notion de « lien volontaire ». Il n'est pas d'accord avec l'affirmation énoncée au paragraphe 70 du troisième rapport selon laquelle « la jurisprudence hésite sur l'exigence d'un lien volontaire ». En fait, cette exigence trouve un large appui, de diverses sources. M. Brownlie fait observer à ce propos et en liaison avec la question générale du « préjudice direct » que si l'accident de Tchernobyl a suscité tant de prudence de la part de nombre de pays européens et n'a pas donné lieu à une multitude de réclamations, c'est bien pour des raisons d'intérêt personnel. Le Gouvernement de la Grande-Bretagne, par exemple, n'a présenté aucune réclamation. Mais il est possible d'envisager que, dans des cas de ce genre, des groupes de pression interviennent auprès de leur gouvernement respectif pour qu'il agisse. M. Brownlie souhaiterait donc que la Commission maintienne l'alinéa *c* de l'article 14 et qu'elle le renvoie au Comité de rédaction. Il fait toutefois observer que cette disposition, loin d'être une exception à la règle de l'épuisement des recours internes, est la condition de son application et qu'à ce titre elle n'a pas sa place à l'article 14, consacré, lui, aux exceptions à la règle et dont il faudrait revoir en conséquence l'économie.

21. M. Brownlie pense comme M. Pellet que l'alinéa *d* de l'article 14 est inacceptable, ajoutant qu'il n'apporte rien, qu'il n'est pas solidement étayé et qu'il n'est pas vraiment compatible avec l'alinéa *c*.

22. M. KOSKENNIEMI dit qu'il tend de plus en plus à partager l'opinion de M. Brownlie, selon laquelle les discussions en cours ne portent pas sur une petite exception à la règle, mais bel et bien sur la raison d'être de celle-ci. Il comprend les considérations d'ordre politique qui sous-tendent la notion de « lien volontaire », que le Rapporteur spécial a expliquées et auxquelles plusieurs autres membres de la Commission se sont référés. Néanmoins, il craint que ces discussions ne détournent l'attention de la Commission dans la mauvaise direction. En effet, il existe des cas où, malgré l'existence d'un lien volontaire, il est souhaitable qu'une protection diplomatique puisse être exercée. L'inverse est vrai : dans certaines situations où il n'y a pas de lien volontaire, il n'est toutefois pas souhaitable qu'une telle protection soit envisagée. M. Koskenniemi s'interroge donc sur la pertinence de cette notion de lien volontaire. Il est d'avis que la question fondamentale est plutôt de savoir qui a besoin d'une protection diplomatique et qui n'en a pas véritablement besoin. Lorsque des individus sont lésés, notamment lorsqu'ils sont particulièrement vulnérables, il importe qu'ils puissent être protégés. Tel a été le cas des travailleurs asiatiques au Koweït qui ont dû quitter ce pays lorsqu'il a été envahi par l'Iraq en 1990 et se réfugier dans des pays voisins comme l'Iran ou l'Arabie saoudite. De l'avis de M. Koskenniemi, ils pouvaient bénéficier de la protection diplomatique de leur État de nationalité vis-à-vis de ces derniers États même si ce n'était pas sur une base véritablement volontaire qu'ils se trouvaient sur leur territoire. En revanche, dans le cas d'entités commerciales multinationales engagées dans des activités transnationales, par exemple sur le Web, cela n'est pas nécessairement souhaitable. Ici aussi, on pourrait dire qu'il n'existait pas de lien volontaire avec un État particulier et, pourtant, rien sur le plan social ou moral ne nécessitait que l'on se dispense de l'exigence d'épuisement des recours internes. La question de l'existence ou de l'absence d'un lien volontaire n'est donc pas l'angle idéal pour aborder certaines situations et ne doit pas être mise sur le même plan que les autres exceptions énoncées à l'article 14.

23. M. TOMKA dit qu'il ne s'agit pas de savoir s'il faut accorder ou non la protection diplomatique mais d'étudier la pratique et d'énoncer des règles. En ce qui concerne l'exemple des travailleurs asiatiques au Koweït, il convient de ne pas oublier qu'ils ont subi un préjudice causé non par le Koweït avec lequel ils avaient établi un lien volontaire mais par l'Iraq avec lequel ce lien n'existait pas. L'État de nationalité exerçant la protection diplomatique devait donc adresser sa réclamation à l'Iraq.

24. M. KOSKENNIEMI explique qu'il pensait en fait à la protection diplomatique dont ils pouvaient bénéficier dans les autres pays de la région où ils s'étaient réfugiés volontairement.

25. M. PELLET dit qu'il n'est pas du tout convaincu par l'argumentation de M. Koskenniemi. L'exemple des réfugiés du Koweït que celui-ci a donné plaide plutôt en faveur de la notion de lien volontaire, même si on ne peut parler véritablement de volonté dans leur cas – il peut s'agir d'un lien « nécessaire ». Il rappelle que la règle de l'épuisement des recours internes vise à protéger l'État responsable en lui permettant de réparer les dommages qu'il a causés illicitement, et non à protéger les individus. Il serait, bien entendu, possible de la supprimer, et lui-même serait d'ailleurs partisan d'une reconnaissance de la personnalité juridique internationale des individus, mais là n'est pas la question. L'autre exemple, celui des sociétés transnationales, est un peu plus convaincant, en ce sens qu'il amène à réfléchir sur ce qu'est le lien, mais c'est un cas tellement peu spécifique qu'il n'est pas nécessaire de s'y arrêter spécialement.

26. Cela dit, M. Pellet appuie vigoureusement la proposition de M. Brownlie tendant à dissocier l'alinéa *c* du reste de l'article 14. Les règles dont il est question sont de nature différente. Il serait donc nettement préférable de traiter complètement à part la notion de lien volontaire.

27. Mme XUE juge très utile les commentaires du Rapporteur spécial sur l'article 14, dans lequel celui-ci fait une analyse claire de la question et cite plusieurs sources d'intérêt. Des trois options proposées à l'alinéa *a* de l'article 14, la dernière mérite une attention particulière. Trois éléments sont à prendre en considération aux fins de la rédaction. Il y a lieu de rappeler tout d'abord que, lors des débats antérieurs à la CDI et à la Sixième Commission de l'Assemblée générale sur l'article 10, il a été suggéré de modifier cette disposition pour exiger l'épuisement de tous les recours internes « adéquats et efficaces ». Il faut ensuite examiner de près l'expression « possibilité raisonnable », les termes « possibilité » et « raisonnable » qui figurent dans le libellé actuel pouvant dénoter une évaluation subjective de la part de l'État demandeur. Il y aurait donc intérêt à reformuler le chapeau de l'article 14 et l'alinéa *a*. Enfin, il semble qu'il existe un certain chevauchement entre l'alinéa *a* et les alinéas *c*, *d*, *e* et *f*, lesquels portent sur des situations particulières dans lesquelles il se pourrait qu'il n'y ait aucune possibilité de recours efficace. Cela dit, Mme Xue approuve le renvoi de l'alinéa *a* au Comité de rédaction.

28. En ce qui concerne les alinéas *e* et *f*, ils mettent tous deux l'accent sur la responsabilité de l'État où le préjudice a été causé, en garantissant l'accès aux recours internes. Cette approche est pertinente, mais la manière dont elle est formulée pourrait être revue à la lumière de la modification qui serait apportée à l'alinéa *a*.

29. S'agissant de l'alinéa *b*, Mme Xue est d'avis qu'il vaut mieux ne pas faire mention de l'estoppel, notion qui est souvent source de malentendus. Quant à la renonciation implicite, tous les cas ne sont pas toujours sans équivoque. Il serait donc préférable de disposer que l'État défendeur doit avoir renoncé expressément et sans aucune ambiguïté à exiger que les recours internes soient épuisés. Sous réserve de cette modification, cette disposition peut aussi être renvoyée au Comité de rédaction.

30. En ce qui concerne les alinéas *c* et *d*, la notion de lien volontaire est très utile lorsqu'il s'agit d'expliquer pourquoi les recours internes doivent être épuisés avant que la protection diplomatique puisse être exercée. Néanmoins, lorsqu'il n'y a ni lien volontaire ni lien de compétence juridictionnelle, une solution réside dans les règles de droit international. Comme l'a fait observer le Rapporteur spécial dans son rapport, il serait déraisonnable d'exiger de l'étranger lésé qu'il épuise les recours internes dans des cas difficiles tels que les dommages transfrontières à l'environnement, mais traiter l'absence de lien volontaire comme une exception à la règle de l'épuisement des recours internes aurait pour conséquence d'élargir indûment la portée de la protection diplomatique.

31. M. DUGARD (Rapporteur spécial) note que plusieurs intervenants ont suggéré que l'alinéa *c* méritait une attention particulière et que la question qui y était abordée devait être examinée à part. Doit-il en conclure qu'ils souhaiteraient déplacer cette disposition à l'article 11, qui traite du principe de l'épuisement des recours internes ? Si tel est le cas, il n'y voit pas d'objection; il doit seulement en informer le Comité de rédaction.

32. M. BROWNLIE, revenant sur la question posée par le Rapporteur spécial, exprime son intérêt pour les diverses propositions de modification structurelle qui ont été faites. Lui-même n'a pas de proposition spécifique à faire mais il est aussi d'avis que le Rapporteur spécial et le Comité de rédaction pourraient déplacer à un endroit plus approprié les dispositions relatives au lien volontaire, par exemple à l'article 11.

33. M. SIMMA dit qu'en ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 14, M. Gaja a raison de considérer que la renonciation expresse peut être assimilée à de la *lex specialis* et ne relèverait dès lors pas du type de renonciation envisagé par le Rapporteur spécial dans cet alinéa. Quant à la renonciation implicite, outre qu'il en existe peu de cas exempts d'ambiguïté, son existence ne saurait être présumée, bien au contraire. L'argumentation développée par le Rapporteur spécial à ce sujet au paragraphe 56 de son rapport est corroborée par le fait que l'un des rares traités généraux sur le règlement des différends, à savoir la Convention européenne de 1957 sur le règlement pacifique des différends, contient une disposition indiquant expressément qu'il faut avoir épuisé les recours internes. De même, dans l'affaire *LaGrand*, où était invoqué le Protocole de signature facultative à la Convention de Vienne sur les relations consulaires concernant le règlement obligatoire des différends, qui peut être comparée à ce que le Rapporteur spécial appelle les traités généraux d'arbitrage, les États-Unis, État défendeur, ont certes contesté l'argumentation générale fondée sur la protection diplomatique, mais n'ont pas fait valoir que, de ce fait, elle impliquait une renonciation à l'exigence d'épuisement des recours internes. Enfin, la question de l'estoppel est source de nombreux malentendus. Cet élément de l'alinéa *b* n'est en réalité pas sans rapport avec le cas de figure que le Rapporteur spécial envisage à l'alinéa *f* du même article 14, celui où l'État défendeur empêche l'individu lésé d'avoir accès aux recours internes. Les exemples que le Rapporteur spécial cite en ce qui concerne l'estoppel sont, sans exception, des affaires où une sentence ou un jugement a été rendu à l'effet que, l'État défendeur ayant gardé le silence sur la question de l'épuisement des recours internes, il ne pouvait par la suite invoquer le non-épuisement de ces recours. Les conséquences sont ici les

mêmes que dans le cas de figure où l'État avait expressément déclaré qu'il n'était pas nécessaire d'épuiser les recours internes, puis a changé d'avis. Il peut donc y avoir un certain chevauchement entre l'estoppel visé à l'alinéa *b* et le cas de figure visé à l'alinéa *f* dans les affaires où il y a estoppel par comportement et non par le fait que l'État défendeur n'a pas dit expressément que les recours internes devaient être épuisés.

34. En ce qui concerne les questions du lien volontaire et du rattachement territorial (al. *c* et *d*), M. Simma se demande aussi comme M. Brownlie pourquoi le Rapporteur spécial se montre hésitant à propos du principe selon lequel, s'il n'y a pas lien volontaire, il n'y a pas obligation d'épuiser les recours internes. Mais cette attitude prudente ne serait bizarre que si le Rapporteur spécial était aussi fermement convaincu que M. Pellet l'est apparemment de la solidité et du caractère convaincant du principe du lien volontaire. Or tel n'est pas ce qui ressort des paragraphes 65 et 89 du rapport du Rapporteur spécial. Mais le problème plus fondamental que pose la notion de lien volontaire telle qu'elle ressort de la plupart de la jurisprudence et de la doctrine réside dans le fait que ce lien renvoie à une notion quasi physique. Il s'agit, comme au XIX^e^ siècle, de considérer des personnes qui se déplacent physiquement. Cette vision des choses se retrouve encore dans l'affaire relative à *Certains emprunts norvégiens* (par. 73 du rapport), dans laquelle la France faisait valoir que ses ressortissants porteurs de titres norvégiens mais résidant en France n'étaient pas tenus d'épuiser les recours internes en Norvège, faute de lien volontaire avec ce pays. Mais, si l'on passe des années 40 et 50 à la situation de mondialisation économique qui prévaut actuellement, on constate que des particuliers peuvent, sans grands obstacles juridiques internationaux, ébranler, voire ruiner, des économies entières. Il convient donc de se demander s'il ne faudrait pas être un peu « anti-droits de l'homme » et considérer que la règle de l'épuisement des recours internes est destinée à protéger l'État défendeur, dont les intérêts doivent être pris en considération. Bien entendu, dans 85 % des cas, c'est l'individu qui est vulnérable et non l'État, mais il ne faut pas pour autant négliger la situation contraire. À propos des affaires de pollution transfrontière, il y a lieu de se demander s'il est bien judicieux d'introduire de force le cas Tchernobyl dans le paradigme de la protection diplomatique. La protection diplomatique suppose un fait internationalement illicite, ce qui reste à prouver dans l'affaire Tchernobyl, et il serait artificiel et maladroit d'assimiler les mesures prises par le Royaume-Uni et d'autres pays dans cette affaire à un exercice de la protection diplomatique. Il s'agit d'une nouvelle branche du droit, le droit de l'environnement, qu'il ne faut pas ramener à d'anciens schémas.

35. Par ailleurs, l'on s'est peu intéressé aux cas limites de la présence physique : un transit de trois heures entre deux avions, une visite de six jours ou deux semaines de vacances suffisent-ils à instaurer un lien volontaire ? Cet aspect n'est traité que marginalement, dans le projet de convention sur la responsabilité internationale des États pour dommages aux étrangers, préparé par la Law School de Harvard en 1961[6] (par. 81 du rapport), ou par Roberto Ago, mais il n'en est pas moins important, compte tenu du fait que les personnes se déplacent de plus en plus et qu'il faut définir les incidences de ce phénomène sur la notion de lien volontaire. Le Rapporteur spécial a raison de dire que, dans les cas de figure les plus spectaculaires, l'État d'origine de l'intéressé sera directement lésé et n'aura donc pas à recourir à la protection diplomatique. Dans certains autres cas, le critère de la prépondérance envisagé dans l'article 11 permettra de régler le problème. D'autres situations encore pourraient entrer dans le schéma de l'alinéa *a* de l'article 14 et être expliquées de manière convaincante dans ce cadre. Cela étant, s'il se dégage un consensus sur l'opportunité de faire sortir du lot la notion de lien volontaire pour la placer, par exemple, à proximité de l'article 11, cette démarche serait acceptable si cette notion fait vraiment l'objet d'un débat approfondi.

36. M. OPERTTI BADAN constate que la Commission, sans le dire expressément, est en train de débattre du champ d'application de cet instrument ancien qu'est la protection diplomatique. Cet instrument a sa tradition, son évolution historique et sa pratique mais, face à des phénomènes nouveaux, la question se pose de savoir s'il est suffisamment adapté et s'il ne faut pas élaborer un autre instrument. Dans toutes les affaires citées (*Amoco Cadiz*, *Bhopal*, etc.), les requérants, qui sont des sujets privés, ont le choix entre leur juridiction nationale et celle de l'État défendeur pour faire constater le dommage et obtenir réparation, mais le fait illicite à l'origine du dommage ne s'inscrit pas dans une relation contractuelle. La notion de dommage transfrontière a ses caractéristiques propres, qui ne cadrent pas nécessairement avec celles de la protection diplomatique. Il s'agit d'une réalité nouvelle, qui comporte certes des aspects politiques, mais le droit ne doit craindre ni le nouveau ni le politique. Pour toutes ces raisons, il conviendrait de ne pas renvoyer hâtivement les alinéas *c* et *d* de l'article 14 au Comité de rédaction avant de les examiner de manière approfondie.

37. M. BROWNLIE se demande si M. Simma n'accorde pas une importance excessive aux incertitudes et aux difficultés d'application inhérentes à la notion de lien volontaire. Nombreuses sont les notions bien établies et familières – celles de plateau continental, par exemple – dont les incertitudes n'ont été levées que progressivement, au bout de plusieurs années, et une notion de droit international privé aussi connue que celle de domicile continue de poser des problèmes d'application. De même, en matière de pollution transfrontière, l'accident de Tchernobyl était surtout inouï de par le nombre des personnes touchées mais, en soi, le risque d'accidents nucléaires était envisagé dans plusieurs grandes conventions multilatérales européennes, qui avaient précisément pour objet de limiter les responsabilités des parties contractantes en cas d'accident de ce type. Et l'affaire de la *Fonderie de Trail*, qui remonte à 1935, était déjà une affaire de pollution transfrontière. La Commission ne devrait pas évacuer l'importance de la notion de lien volontaire au seul motif qu'elle pose des problèmes d'application.

38. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO souscrit aux vues exprimées par M. Kateka, Mme Xue et M. Simma concernant la possibilité d'une renonciation implicite à l'exigence d'épuisement des recours internes (alinéa *b* de l'article 14). La renonciation est un acte unilatéral qui doit être

[6] Reproduit dans le premier rapport de Roberto Ago, *Annuaire... 1969*, vol. II, doc. A/CN.4/217 et Add.1, annexe VII, p. 147; également dans *AJIL*, vol. 55, n° 3 (juillet 1961), p. 548.

irrévocable et ne saurait se présumer. Ni la jurisprudence (l'affaire de la *Barcelona Traction*, entre autres) ni la doctrine ne posent une telle présomption.

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

[Point 2 de l'ordre du jour]

39. M. CANDIOTI (Président du Groupe de planification) informe la Commission que ledit groupe a tenu deux réunions. À la première réunion, le 1er mai 2002, il a décidé de recommander à la Commission d'inscrire à son programme de travail le point intitulé « Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international » et de créer un groupe de travail sur le sujet, et d'inscrire également à son programme de travail le point intitulé « Responsabilité des organisations internationales », de désigner un rapporteur spécial sur ce sujet et de créer un groupe de travail chargé d'aider le rapporteur spécial pendant la session en cours de la Commission. À la même réunion, le Groupe de planification a également décidé de reconstituer son groupe de travail sur le programme à long terme et a désigné M. Pellet président de ce groupe.

40. À sa deuxième réunion, le 6 mai 2002, le Groupe de planification a décidé de recommander à la Commission d'inscrire à son programme de travail le point intitulé « Ressources naturelles partagées », de désigner un rapporteur spécial sur le sujet et de créer un groupe de travail chargé d'aider le rapporteur spécial pendant la session en cours de la Commission, et de créer un groupe d'étude sur le risque de fragmentation du droit international. Le Groupe de planification se réunira de nouveau pour examiner d'autres questions inscrites à son ordre du jour.

41. À l'issue de consultations, le PRÉSIDENT propose de confier à M. Sreenivasa Rao le soin de présider le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, de désigner M. Gaja rapporteur spécial sur le sujet de la responsabilité des organisations internationales et de confier à M. Simma le soin de présider le Groupe d'étude sur le risque de fragmentation du droit international, étant entendu que les consultations se poursuivent en ce qui concerne le sujet des ressources naturelles partagées.

Il en est ainsi décidé.

42. M. GAJA est très reconnaissant à la Commission de l'avoir nommé Rapporteur spécial. Il invite les membres intéressés par le sujet qui lui a été confié à réfléchir à la direction que pourraient prendre les travaux et à proposer des éléments de bibliographie et autres matériels de travail.

43. M. SIMMA signale aux membres intéressés par le sujet de la fragmentation du droit international que le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session contient en annexe une étude synthétique sur le sujet établie par Gerhard Hafner[7].

44. M. Sreenivasa RAO dit que le groupe de travail sur le sujet qui lui a été confié prendra comme document de base le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-huitième session[8].

La séance est levée à 13 heures.

[*] Reprise des débats de la 2714e séance.

[7] Voir 2714e séance, note 1.

[8] *Annuaire... 1996*, vol. II (2e partie), annexe I, p. 108.

2718e SÉANCE

Vendredi 10 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. OPERTTI BADAN dit qu'en ce qui concerne l'épuisement des recours internes, il doute qu'il faille retenir comme critères, dans le projet d'articles, les notions de lien volontaire et de rattachement territorial traitées aux alinéas *c* et *d* de l'article 14 du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/523 et Add.1), qui ne font pas l'unanimité, même si elles méritent de faire l'objet d'un examen séparé dans un autre contexte. C'est d'ailleurs la

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

position qu'avait prise la Commission à sa vingt-neuvième session lors de la première lecture de l'article 22 du projet d'articles sur la responsabilité des États[4].

2. Plusieurs membres ont fait valoir que les recours internes n'avaient pas à être épuisés lorsqu'il n'y avait pas de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur; un tel lien pouvait être constitué par la présence physique volontaire (d'une personne physique ou, *mutatis mutandis*, d'une personne morale), la résidence, la propriété d'un bien ou un lien contractuel avec l'État défendeur (par. 67 du rapport), mais non par des relations privées entre ressortissants de l'un et l'autre État. Or, parfois, de telles relations privées peuvent pourtant amener l'État à exercer sa protection internationale, et elles méritent d'être examinées plus avant.

3. M. Opertti Badan ne pense pas, comme Mme Xue, que l'épuisement des recours internes soit une condition de procédure. En fait, il s'agit d'une notion de fond, même si les modalités de son application relèvent peut-être du droit procédural. Lorsqu'il y a un lien entre l'individu et l'État étranger, ce dernier doit avoir la possibilité de réparer le préjudice dans le cadre de sa propre législation.

4. L'évolution récente du droit international influe tant sur la nature que sur la portée de la protection diplomatique, d'une part, et sur l'applicabilité et l'inapplicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes, d'autre part. Dans le premier cas, cette évolution a trait à des événements tels que les dommages écologiques transfrontières et le fait d'abattre des aéronefs qui auraient pénétré par accident dans l'espace aérien d'un État (par. 68 du rapport), des situations qui ne relèvent pas de la protection diplomatique au sens traditionnel. La question se pose donc de savoir si elles ne devraient pas être régies par le droit de l'environnement dans le premier exemple et le droit de la responsabilité des États dans le second. Quant au projet d'articles à l'examen, l'objectif devrait être de définir clairement l'objet de la future convention, afin que les résultats des travaux puissent être couronnés de succès.

5. Il importe de se demander comment, en l'absence de solution en droit international public, les individus peuvent exercer leurs droits et formuler des réclamations. Dans la sphère privée, d'autres formes de droit sont applicables aux seuls effets des actes de l'autorité, et non à ces actes eux-mêmes; ils ne sont utiles qu'en l'absence d'autres recours ou qu'à titre de complément. On a dit que l'affaire de la *Fonderie de Trail* avait réglé la question de l'indemnisation mais non celle de la responsabilité. On peut donc se demander si un individu qui recourt aux tribunaux d'un État étranger pour demander une indemnisation pécuniaire pour un dommage que lui a causé le fait de cet État sans mettre en cause la licéité ou l'illicéité dudit fait en tant que tel peut être réputé avoir épuisé les recours internes. Il faut distinguer nettement entre les réclamations internationales et la protection diplomatique; les premières peuvent être formulées et par l'individu et par l'État dont il est le national, alors que la dernière ne peut être exercée que par l'État de nationalité.

6. Là encore, il est nécessaire de distinguer entre deux types de risques assumés par l'individu. Un étranger qui se livre à des activités liées à l'État étranger peut être réputé s'être volontairement soumis aux lois et à la compétence des tribunaux de cet État; dans un tel cas, on peut dire que le risque a été librement assumé. Par contre, dans d'autres cas, l'individu n'a pas assumé pareil risque parce qu'aucun lien *volontaire* n'a été créé; en droit international privé, de telles situations relèvent à proprement parler de la « responsabilité extracontractuelle ». Un lien avec l'État étranger peut exister, mais il existe contre la volonté de l'individu ou du fait d'événements imprévisibles, comme dans le cas de l'explosion de la centrale nucléaire de Tchernobyl ou de la pollution par les hydrocarbures causée par l'*Amoco Cadiz*. L'affaire de la *Fonderie de Trail* ayant été réglée par arbitrage, elle ne constitue pas un précédent valide pour le principe en question.

7. Dans de tels cas, les victimes devraient pouvoir demander réparation devant les tribunaux de l'État responsable sans toutefois être tenues de le faire. Le Rapporteur spécial, commentant l'article XI (2) de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (par. 80 du rapport), semble aller dans ce sens. En cas de dommage catastrophique affectant la population de plus d'un État, une possibilité serait de permettre aux victimes ayant subi un préjudice corporel d'exercer un recours soit devant les tribunaux de l'État dont ils sont les nationaux ou les résidents soit devant ceux des États qui ont un lien raisonnable avec l'événement. En d'autres termes, les recours à épuiser ne devraient pas être uniquement ceux qui sont ouverts dans l'État ayant causé le dommage. Les termes utilisés par le Rapporteur spécial au paragraphe 72 de son rapport donnent à penser qu'il prend une certaine distance par rapport au critère de lien volontaire.

8. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, le Canada n'a pas insisté sur l'épuisement des recours internes. Cette affaire, qui a établi un précédent en droit privé, à savoir que l'État doit assumer la responsabilité du dommage écologique résultant d'activités qu'il a autorisées sur son territoire, s'est vu accorder une grande importance dans les affaires Sandoz-Rhin et *Bhopal*. Au paragraphe 75 de son rapport, le Rapporteur spécial suggère que la position adoptée par le Canada dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, à savoir que les recours internes n'avaient pas à être épuisés, peut s'expliquer par le fait qu'il s'agissait d'un cas de préjudice direct ou que le compromis d'arbitrage ne l'exigeait pas. Si la seconde de ces hypothèses est avérée, l'affaire ne relèverait pas de l'épuisement des recours internes puisque l'arbitrage, par sa nature même, implique le consentement des parties.

9. Lorsqu'il examine la pratique des États, le Rapporteur spécial donne plusieurs exemples d'États fautifs ayant choisi de ne pas exiger l'épuisement des recours internes. Toutefois, dans tous ces exemples, les États en cause semblent avoir adopté cette position pour des motifs politiques, par exemple l'impact sur l'opinion publique, plutôt que juridiques, ce qui réduit leur pertinence du point de vue de la codification.

10. La Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux doit être prise en considération et vue à la lumière des obser-

[4] Voir 2712e séance, note 6.

vations faites par M. Simma à la 2716e séance, selon lesquelles le droit de l'environnement, par exemple, prévoit d'autres critères dont la Commission doit tenir compte.

11. M. Opertti Badan n'est pas pleinement convaincu que suffisamment d'éléments aient fait l'objet d'un consensus pour que l'on puisse renvoyer les questions à l'examen au Comité de rédaction. En particulier, il a des doutes en ce qui concerne l'article 14 et en particulier la déclaration de Roberto Ago selon laquelle les recours internes doivent être effectivement utilisables[5]. Il estime, quant à lui, que plus les recours internes sont utilisables, plus le champ de la protection diplomatique est réduit. Il pense donc avec M. Pellet que le projet d'articles peut constituer un code de conduite pour les États plutôt qu'un instrument pour le règlement de leurs différends.

12. Il convient de souligner que le meilleur moyen d'empêcher l'abus de la protection diplomatique est d'accroître les garanties qu'offrent des recours internes efficaces. Les recours actuellement ouverts en droit international public sont insuffisants; il n'y a pas de cadre conventionnel général dans divers domaines, notamment le droit de l'environnement, et il n'existe aucun régime susceptible de compenser l'absence de cadre normatif en droit international public pour protéger les personnes physiques et morales et reconnaître leur droit à indemnisation comme en droit international privé. Le travail effectué par le Rapporteur spécial constitue donc une contribution inestimable à l'étude du sujet, et les objections formulées par certains membres ne font que mettre en lumière des problèmes qui seraient de toute façon soulevés à la Sixième Commission, ou par les États eux-mêmes lors de la ratification du projet d'articles.

13. M. KEMICHA dit que les projets d'articles 12 et 13 devraient être supprimés; un débat sur le point de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de fond ou une règle de procédure est inutile et, de toute manière, les articles en question n'ajoutent rien à l'article 11, dont la formulation pourrait toutefois être revue.

14. Le projet d'article 14, quant à lui, pèche par trop d'ambition. M. Kemicha préfère la troisième option proposée pour l'alinéa *a* de cet article, à savoir le cas où les recours internes n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Quant à l'alinéa *b*, il rejoint les membres qui pensent que les renonciations doivent être expresses, et il n'a pas d'idée bien arrêtée quant à la référence à l'estoppel. L'alinéa *d* de l'article 14 devrait être supprimé, parce que la situation qu'il envisage est déjà couverte à l'alinéa *c*. Un article distinct devrait, ainsi qu'il a été proposé, être consacré à l'applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes en l'absence de lien volontaire. Les alinéas *e* et *f* de l'article 14 devrait être fusionnés avec l'alinéa *a*. Enfin, M. Kemicha pense lui aussi que l'article 15 devrait être supprimé.

15. M. Sreenivasa RAO dit que l'institution de protection diplomatique a connu une formidable évolution au fil des ans. À une époque où les communications étaient difficiles et l'accès aux instances internationales insuffisant, l'intervention d'un État au nom de l'individu était essentielle. Toutefois, maintenant que les individus acquièrent de plus en plus leur propre personnalité et la possibilité d'exercer leurs droits par le biais de diverses voies et instances, cette nécessité diminue peu à peu : les États sont au mieux réticents s'agissant de prendre fait et cause pour les individus de faire d'une réclamation privée une réclamation d'État. Le sujet n'en demeure pas moins important, et il doit donc être codifié.

16. La question de savoir si le principe de l'épuisement des recours internes est une condition de fond ou une condition de procédure renvoie à un débat similaire sur la question de savoir si le principe de la reconnaissance a un caractère déclaratoire ou constitutif. Ce qui est clair, c'est que le principe fait partie du droit international coutumier, qu'en tant que tel il est à l'origine du déclenchement de la protection diplomatique et qu'en conséquence il doit être énoncé de manière aussi claire et aussi peu ambiguë que possible. De ce point de vue, les articles 12 et 13 soit font double emploi avec l'énoncé du principe aux articles 10 et 11, soit ne font qu'évoquer des notions, comme celle de déni de justice, qu'ils ne développent pas pleinement. Ces deux articles peuvent donc être supprimés sans que l'économie de l'ensemble du projet d'articles en soit affecté, et leur contenu peut être incorporé dans les articles 10 et 11 ou dans le commentaire y relatif.

17. L'article 14 devrait être renvoyé au Comité de rédaction, mais les dispositions des alinéas *a* et *e* devraient être alignées et conciliées. Des trois options présentées pour l'alinéa *a*, M. Sreenivasa Rao préfère lui aussi l'option 3. Le critère de « caractère raisonnable » est opératoire et, comme M. Pellet l'a souligné, jouit d'une influence considérable en droit maritime. Les notions de « recours efficace » et « retard abusif » sont relatives, et il ne peut y avoir aucune norme universelle en ce qui les concerne. En dernière analyse, elles doivent être appréciées compte tenu du contexte et des circonstances de chaque espèce et sur la base d'autres principes également importants : l'égalité devant la loi, la non-discrimination et la transparence, c'est-à-dire la mesure dans laquelle ils sont solidement établis dans les lois de l'État.

18. Le Comité de rédaction devrait accorder beaucoup d'attention aux observations utiles faites par MM. Gaja, Simma et autres sur la question de la renonciation. Une renonciation implicite ne doit pas être présumée à la légère et doit satisfaire à des critères rigoureux. De même l'estoppel, lorsqu'il est établi, équivaut à une exception à la règle de l'épuisement des recours internes car c'est un principe général du droit.

19. L'alinéa *f* de l'article 14 doit être retravaillé à la lumière des observations de M. Koskenniemi, du Président et d'autres membres de la Commission. M. Sreenivasa Rao pense lui aussi que la notion de lien volontaire doit être considérée davantage comme une condition préalable que comme une exception à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes. La notion est utile, et a été à la base de bon nombre de réclamations diplomatiques. Toutefois, dans le monde contemporain, l'endossement de réclamations privées par la voie diplomatique, même en l'absence d'un « lien volontaire » au sens strict, est de plus en plus fréquent. En cas de dommage transfrontière, il est loisible aux États de regrouper les réclamations et de présenter les demandes de réparation au nom de leurs

[5] Voir le sixième rapport sur la responsabilité des États, *Annuaire... 1977*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/302 et Add.1 à 3, par. 100, p. 42.

nationaux et d'autres personnes placées sous la juridiction de l'État responsable. Les individus peuvent aussi saisir des organes judiciaires ou quasi judiciaires pour obtenir réparation, si cela est commode ou s'ils estiment que cela peut être utile. Ceci est reflété dans le principe de non-discrimination, maintenant reconnu en Europe et consacré dans tous les instruments internationaux récents concernant l'environnement, et qui n'empêche pas l'État d'intervenir au nom d'un groupe d'individus résidant dans sa juridiction et affectés par le dommage transfrontière, en particulier si les réclamations sont nombreuses, ou si les personnes lésées ne sont pas organisées, ne connaissent pas les procédures juridiques complexes ou encore n'ont pas les moyens financiers de présenter eux-mêmes leurs réclamations. Ainsi, la notion de lien volontaire est surtout utile comme fondement juridique dans les cas individuels, et elle doit être écartée dans certaines situations, lesquelles doivent être expressément prévues dans le projet d'articles. Le dommage causé extraterritorialement ou dans un contexte transfrontière en est un bon exemple, mais il peut y en avoir d'autres.

20. Enfin, M. Sreenivasa Rao se joint aux membres qui ne sont pas favorables au renvoi de l'article 15, sur la charge de la preuve, au Comité de rédaction. La charge de la preuve est un principe qui relève du droit de la preuve, et elle peut être envisagée dans les règles de procédure ou dans le compromis dans le cas des instances judiciaires internationales, et dans la législation de l'État lorsque le recours est porté devant les tribunaux internes. L'article 14 devrait donc être renvoyé au Comité de rédaction et les articles 12, 13 et 15, dont la teneur est suffisamment expliquée ailleurs, devraient être supprimés.

21. M. MOMTAZ dit qu'il se réjouit de constater qu'au paragraphe 63 de son troisième rapport le Rapporteur spécial déclare sans équivoque que la règle de l'épuisement des recours internes est une règle du droit international coutumier, car il est à craindre que cette règle soit réduite à sa plus simple expression par la liste imposante d'exceptions qui figure à l'article 14.

22. Il est vrai que le Rapporteur spécial, après avoir passé en revue de manière quasi exhaustive la doctrine et la jurisprudence, hésite à reconnaître la validité de certaines des exceptions qu'il propose, comme l'absence de lien volontaire entre l'individu lésé et l'État défendeur. M. Momtaz admet que, comme toute règle de droit international, la règle de l'épuisement des recours internes connaît des exceptions. Une telle exception a été évoquée par M. Fomba, à savoir le cas d'un État comme le Rwanda dans lequel l'appareil judiciaire s'est effondré en totalité ou en partie du fait d'un conflit armé interne. Toutefois, prévoir une exception à la règle pour faire face à de telles situations ne contribuerait pas au règlement du problème, qui est par sa nature même impossible à régler. D'autre part, une exception pourrait être prévue pour les cas où le système judiciaire d'un État est dans l'impossibilité de réunir des éléments de preuve ou de mener autrement à bien sa procédure, une situation expressément prévue au paragraphe 3 de l'article 17 du Statut de Rome de la Cour pénale internationale, une disposition que la Commission pourrait vouloir transposer dans le projet en cours.

23. Pourrait aussi être rajouté à la liste des exceptions le cas où les règles de procédure d'un État interdisent aux étrangers l'accès à la justice. Il ne s'agit pas du cas prévu à l'alinéa *f* de l'article 14, qui vise les cas où un État empêche l'accès de son territoire pour des raisons, par exemple, de sécurité ou d'opportunité politique; ce cas ne mérite pas en effet d'être élevé au rang d'exception car, en l'occurrence, le recours à un avocat local pourrait assurer l'épuisement des recours internes. Il en va différemment des cas où la discrimination à l'encontre des non-nationaux est prévue dans la législation de l'État, et il est clair qu'ils constituent une exception à la règle. Il en va de même des cas où une jurisprudence défavorable aux non-nationaux s'est dégagée, situation évoquée par le Rapporteur spécial au paragraphe 42 de son rapport.

24. M. Momtaz doute également de la validité d'exception prévue à l'alinéa *e* de l'article 14, relatif au retard abusif. Un retard considéré comme abusif peut tout simplement résulter d'un engorgement de l'appareil judiciaire, comme c'est le cas dans les pays qui souffrent d'un grave manque de ressources et, en particulier, de magistrats qualifiés. De telles situations ne doivent pas être considérées comme des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes, en particulier si l'on considère que, dans de telles circonstances, les citoyens de l'État en question devront, comme les non-nationaux, attendre patiemment que la justice soit rendue.

25. Pour ce qui est de la question du lien volontaire, qui a donné lieu à un débat intéressant et controversé, M. Momtaz a été convaincu par les arguments avancés par Mme Xue, qui considère à juste titre que la pratique des États autorisant les individus lésés à ne pas épuiser les recours internes résulte du développement du droit international de l'environnement, un domaine spécialisé du droit international qui ne saurait guère influer sur la question à l'examen. Quant aux cas, visés au paragraphe 79 du rapport, dans lesquels des aéronefs étrangers sont abattus, l'État responsable insiste généralement sur le fait qu'il s'agit d'un accident, refusant d'admettre avoir commis un acte illicite engageant sa responsabilité et indemnisant les victimes à titre gracieux. On peut donc douter que dans des situations de ce type une exception basée sur un lien volontaire soit justifiée. Quant à l'exemple cité à l'alinéa *c* du paragraphe 83 du rapport, à savoir le cas où un soldat de l'État B tue un ressortissant de l'État A en poste dans le territoire de cet État, le Rapporteur spécial envisage à l'évidence une situation dans laquelle les forces armées de l'État B sont déployées sur le territoire de l'État A en temps de paix et à la demande de cet État. Dans une telle situation, les États concernés concluent généralement des accords réglant ce genre de problèmes, et il n'est donc pas nécessaire de prévoir une exception. Cela est vrai également de l'enlèvement transfrontière de ressortissants étrangers, une situation visée à l'alinéa *d* du paragraphe 83 et qui est fort heureusement assez rare.

26. Pour ce qui est de la renonciation au principe de l'épuisement des recours internes, il est bien établi en droit international que les limites à la souveraineté de l'État ne se présument pas. C'est pourquoi M. Momtaz doute de la validité d'une disposition sur la renonciation implicite. M. Rodríguez Cedeño a fait observer à juste titre que, mis à part les cas dans lesquels les États renoncent à cette règle par voie conventionnelle, toute renonciation

unilatérale doit être expresse. De fait, comme M. Simma, il se demande si une disposition relative à la renonciation expresse est vraiment nécessaire, une telle renonciation, lorsqu'elle est prévue par la voie conventionnelle, constituant une *lex specialis*.

27. Enfin, M. Momtaz sait gré à M. Pellet de ses observations sur la nécessité de présenter des arguments juridiques lors de l'épuisement des recours internes, car il ne suffit pas d'avoir saisi le tribunal pour que cette règle soit satisfaite. Le Rapporteur spécial devrait examiner de plus près cet aspect de la question.

28. En conclusion, M. Momtaz estime que l'article 14 gagnerait à être simplifié, car un certain nombre de ses alinéas peuvent être regroupés et ce, indépendamment de la question de leur pertinence. La règle de l'épuisement des recours internes doit être respectée à moins que les recours ne soient manifestement futiles, et c'est pour cela que M. Momtaz préfère l'option 1.

29. M. SIMMA dit qu'il ne peut souscrire à l'opinion exprimée par M. Momtaz selon laquelle il ne doit pas y avoir d'exception à la règle de l'épuisement des recours internes dans les cas où le retard abusif est imputable à l'incapacité de l'appareil judiciaire de l'État défendeur de faire face au nombre des affaires qu'il a à juger. Même si l'obstacle à l'exercice des recours internes n'est pas intentionnel, il doit y avoir un moment où un étranger doit pouvoir recourir à la protection diplomatique de l'État dont il est le national. Des normes internationales doivent exister, et la Commission pourrait à cet égard examiner la jurisprudence des organes créés par les traités relatifs aux droits de l'homme.

30. M. MOMTAZ convient qu'il serait utile de consulter la jurisprudence des organes en question en vue de déterminer ce qui constitue un « retard abusif ». La notion est subjective, et il faut établir des critères objectifs, en tenant compte du cas où le fonctionnement de l'appareil judiciaire de l'État est entravé par le manque de ressources humaines et matérielles.

31. M. CHEE dit qu'il convient de féliciter le Rapporteur spécial pour le travail de vaste portée et d'une érudition pénétrante qu'il a accompli. L'article 10 réaffirme la règle de l'épuisement des recours internes dans le contexte de la codification, et c'est pourquoi il en approuve le libellé. L'article 12 est acceptable, bien que son libellé puisse être amélioré. Quant à l'article 13, M. Chee a tendance à penser que la règle relève du droit procédural. Le déni de justice est un sujet extrêmement vaste et qui sort du champ de la protection diplomatique. Il devrait donc être traité séparément, dans un additif.

32. M. Chee dit que l'option 3 proposée pour l'alinéa *a* de l'article 14 est celle qu'il préfère et que la notion de « renonciation implicite » prévue à l'alinéa *b* du même article lui pose des problèmes en ce qu'elle semble donner à penser que dans certaines circonstances l'État défendeur peut renoncer à la règle de l'épuisement des recours internes par acquiescement tacite.

33. Quant à l'alinéa *c* de l'article 14, la question d'un lien volontaire – ce qu'est un tel lien, quel est son effet et quelles ne doivent pas être ses conséquences – est importante. Le Rapporteur spécial envisage trois situations dans lesquelles le lien volontaire intervient et qui devraient être considérées comme des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. M. Chee approuve ces exemples, mais on pourrait en citer davantage, et améliorer ainsi le texte.

34. Le principe de droit interne selon lequel rendre la justice tardivement équivaut à un déni de justice a pour l'essentiel été incorporé dans la disposition sur le retard abusif que constitue l'alinéa *e* de l'article 14. Toutefois, le retard est une notion ambivalente; il n'est pas sûr qu'il s'agisse d'un critère objectif. Un retard injustifié, l'expression utilisée par la Conférence pour la codification du droit international, à La Haye, en 1930, est un type de retard abusif dans lequel intervient un élément intentionnel. Il ne s'oppose pas au libellé de l'alinéa *e* de l'article 14 mais il préférerait que le caractère injustifié du retard soit prévu.

35. S'agissant de l'alinéa *f* de l'article 14, M. Chee doute que les États fassent effectivement obstacle à la justice. Il s'agit uniquement d'un problème théorique, et à moins que le Rapporteur spécial ne puisse présenter une jurisprudence à l'appui de la disposition proposée, celle-ci ne devrait pas figurer dans le projet d'articles.

36. Enfin, l'article 15 est acceptable. Il correspond à plusieurs règles actuellement appliquées par les tribunaux internes en ce qui concerne la charge de la preuve, et même si quelques juridictions internationales ont leurs propres règles en la matière, cet article pourrait guider la pratique dans les instances internationales, et de toute manière il ne saurait avoir d'effet néfaste.

37. M. MANSFIELD dit qu'il accepte la conclusion du Rapporteur spécial en ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 14, comme exceptions possibles à la règle de l'épuisement des recours internes, à savoir que la renonciation ou l'estoppel doivent être expressément prévus. Il convient de même que l'obstacle auquel se heurte tout argument fondé sur la renonciation ou l'estoppel implicite est considérable. Le libellé de la disposition ne lui pose aucun problème particulier et il convient qu'elle devrait être renvoyée au Comité de rédaction, mais ce dernier pourra vouloir examiner où la placer en ayant à l'esprit l'observation de M. Gaja selon laquelle il s'agit en réalité d'une disposition n'ayant pas le même caractère que les autres alinéas, relatifs à la portée et au contenu de la règle.

38. Les problèmes que soulèvent les alinéas *c* et *d* de l'article 14 sont considérables, sinon fondamentaux. À n'en pas douter, une disposition est nécessaire en ce qui concerne ces questions qui comprennent les situations douloureuses visées au paragraphe 83 du rapport mais ne se limitent pas à celles-ci. M. Mansfield reconnaît qu'ainsi qu'il est dit au paragraphe 84, dans nombre de ces cas – par exemple les dommages transfrontières à l'environnement de caractère illicite ou le fait d'abattre un aéronef –, on est en présence d'un préjudice direct causé à l'État et la règle de l'épuisement des recours internes est inapplicable. Toutefois, dans le monde contemporain, il arrive fréquemment qu'un État cause un préjudice par son fait illicite à un national d'un autre État sans causer de préjudice direct à cet État, et que les circonstances soient telles qu'il serait injuste ou abusif d'obliger l'individu à épuiser les recours internes.

39. M. Mansfield est loin d'être sûr que les alinéas *c* et *d* de l'article 14 couvrent l'ensemble de ces situations. Dans le domaine du commerce, par exemple, la situation est aujourd'hui fort différente de ce qu'elle était traditionnellement au XIXe siècle, lorsque la règle de l'épuisement des recours internes a vu le jour. Il est bien sûr injustifié qu'un individu qui gagne sa vie dans un pays étranger refuse d'exercer les recours internes qui lui sont ouverts lorsque quelque chose va mal et essaie au lieu de cela d'amener l'État dont il est national à formuler une réclamation en son nom. À l'opposé, de nombreux petits commerçants de petits pays, nombre d'entre eux des pays en développement, vendent des biens et des services sur des marchés spécialisés dans le monde. Ils n'auront jamais ou pratiquement jamais l'occasion de mettre les pieds dans les pays où se trouvent ces marchés. Si une autorité de régulation de l'État du marché cause par son fait illicite un préjudice au ressortissant étranger, par exemple en refusant de reconnaître ses droits de propriété intellectuelle, mais non de manière à ouvrir un recours devant l'OMC, est-il juste et raisonnable d'obliger le ressortissant étranger à épuiser les recours internes avant que l'affaire puisse être portée au niveau international ? Les conséquences du fait illicite peuvent être catastrophiques pour la petite entreprise, mais le coût de l'exercice des recours internes devant les tribunaux de l'État du marché peut être supérieur à la valeur de l'entreprise même, simplement en raison de la structure des coûts et des taux de change. Il est possible qu'aucune action collective ne soit possible pour répartir les coûts. Existe-t-il vraiment une bonne raison de principe d'exclure les réclamations d'État à État dans de telles circonstances ? Ces questions doivent être examinées de manière plus approfondies afin de donner les indications voulues au Comité de rédaction. Tel qu'il est actuellement libellé, l'alinéa *c* de l'article 14 ajoute à la notion de lien volontaire plus d'éléments de justice et d'équité que celle-ci ne peut en accommoder. Dans certaines circonstances, en fait, il risque précisément d'aboutir à l'injustice qu'il vise à éviter.

40. Comme d'autres, M. Mansfield doute que l'alinéa *d* de l'article 14 contribue beaucoup à régler les questions de justice et d'équité qui sous-tendent la disposition.

41. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, dit qu'il approuve presque tout ce qui a été dit jusqu'ici. Le renvoi des articles 11, 12 et 13 au Comité de rédaction pour examen, soit avec l'article 10, soit séparément, ne lui pose pas de problème. Il peut aussi se joindre à ceux qui sont contre le renvoi de l'article 13, dès lors que les raisons avancées contre ce renvoi ne sont en aucune manière perçues comme allant à l'encontre de la « troisième voie » en ce qui concerne la nature de la règle de l'épuisement des recours internes. La troisième « voie » a été adoptée par Fawcett et est énoncée de manière exceptionnellement claire dans l'extrait d'un mémoire du Gouvernement des États-Unis[6] reproduit au paragraphe 52 du deuxième rapport du Rapporteur spécial.

42. S'agissant du troisième rapport, le Président félicite le Rapporteur spécial de l'exhaustivité de sa démarche. Il n'est peut-être pas inutile de se souvenir qu'un publiciste, explicitement, et plusieurs autres, implicitement, ont à tort ou à raison qualifié le projet de la Commission sur la responsabilité de l'État d'« un peu mince ». Ceci ne signifie pas toutefois que la Commission doit se sentir échaudée. Au paragraphe 13 de son rapport, le Rapporteur spécial a évoqué *Hamlet* sans le Prince de Danemark, mais la pièce de Tom Stoppard, *Rosencrantz et Guildenstern sont morts*, explique beaucoup de choses sur la vie en général et sur le Royaume de Danemark en particulier, sans jamais faire intervenir le Prince.

43. Comme M. Brownlie et d'autres l'ont souligné, il est peut-être plus téméraire que courageux de s'aventurer dans certains des domaines abordés par le Rapporteur spécial, et la Commission risque ce faisant de jeter un doute sur sa capacité de produire un projet utile sur les éléments essentiels de la protection diplomatique. Le Président pense en particulier au déni de justice, à la charge de la preuve et à la notion, maintenant archaïque mais justifiée à l'époque où elle a vu le jour, connue sous le nom de clause Calvo. Ce qui était défendable à l'époque de la diplomatie de la canonnière est moins acceptable aujourd'hui, à une époque où la protection de l'individu est l'essentiel.

44. Le Président pense avec le Rapporteur spécial que l'entreprise ne doit pas s'étendre aux domaines visés au paragraphe 16 du rapport, même si la prudence conseille une certaine souplesse. Les options 2 et 3 proposées pour l'alinéa *a* de l'article 14, qui semblent être différentes par leur libellé plutôt qu'au fond, bénéficient d'un appui substantiel et elles devraient être renvoyées au Comité de rédaction. Le texte ou le commentaire devrait indiquer clairement que tant les frais que le retard doivent être pris en compte pour apprécier ce qui est « raisonnable ». La citation de Mummery[7] qui figure au paragraphe 37 du rapport est un bon exemple de ce que pourrait comprendre un commentaire utile.

45. L'alinéa *b* de l'article 14 pourrait aussi être renvoyé au Comité de rédaction, bien que le Président pense avec M. Gaja qu'il ne faut pas mélanger renonciation et efficacité. C'est à juste titre que le Rapporteur spécial déclare que les alinéas *c* et *d* de l'article 14 sont inutiles et ne doivent pas, pour les raisons qu'il donne, être renvoyés au Comité de rédaction. Il est néanmoins important d'indiquer qu'en ne faisant pas figurer ces dispositions dans le projet, la Commission n'en conteste pas le contenu mais estime simplement qu'il n'est pas nécessaire de l'énoncer noir sur blanc. Le Président n'a pas non plus d'idée bien arrêtée au sujet de l'alinéa *f* de l'article 14. Il n'est ni utile ni judicieux de déclarer qu'une telle disposition servirait le développement progressif. Tout tribunal raisonnable jugerait conformément à la notion qui y est consacrée. Il faut espérer que ce point pourra être éclairci au Comité de rédaction.

46. Le rôle du lien volontaire ne devrait pas dominer la règle de l'épuisement des recours internes. Il est rare qu'il ne soit pas du même avis que M. Brownlie, mais en l'occurrence le Président soupçonne ce dernier d'être coupable de ce que, dans un contexte légèrement différent, Alfred North Whitehead a appelé le sophisme du concret

[6] Voir 2712e séance, note 10.

[7] D. R. Mummery, "The content of the duty to exhaust local judicial remedies", *AJIL*, vol. 58, no 2 (avril 1964), p. 389; voir en particulier p. 400 et 401.

mal placé. L'épuisement des recours internes n'implique pas que l'on assume un risque mais est un moyen pour les gouvernements de régler des problèmes qui les séparent avant que ces problèmes ne deviennent internationaux. Accorder une attention indue à certains aspects de la règle de manière à l'axer sur la prise d'un risque par l'individu serait source d'erreur. Il est certainement possible que la notion soit vue sous l'angle de ce qui est raisonnable dans une autre perspective permettant des distinctions fondées, notamment, sur l'activité d'individus et la mesure dans laquelle l'obligation d'épuiser les recours internes est lourde, mais c'est en cette qualité subsidiaire que la notion doit être examinée et non en tant que considération première, afin de ne pas transformer l'épuisement des recours internes en quelque chose de totalement différent de ce qu'il a toujours été censé être et faire.

47. M. FOMBA dit que l'alinéa *b* de l'article 14 soulève trois questions. La première, la renonciation expresse à la règle de l'épuisement des recours internes, ne pose aucun problème, même si l'on peut se demander s'il est bien nécessaire d'expliciter quelque chose qui est juridiquement évident, même si cela est important. S'agissant de la renonciation implicite, deux tendances sont apparues au cours du débat : certains, apparemment la majorité, sont opposés à ce que l'on en tienne compte, alors qu'une minorité y est favorable, comme le montrent les observations de M. Pellet. M. Fomba estime quant à lui qu'il ne faut pas rejeter d'emblée la possibilité d'une renonciation implicite. Il faut donner la priorité à l'approche causale, en insistant sur les critères d'intention et de clarté de l'intention et en tenant compte de tous les éléments pertinents.

48. Le terme « estoppel » semble poser certaines difficultés doctrinales, conceptuelles et philosophiques. Pour les éviter, on pourrait par analogie incorporer cette notion dans celle plus générale de renonciation implicite, ce qui semble découler de la nature générale des affaires mentionnées par le Rapporteur spécial aux paragraphes 60 à 63 de son rapport.

49. L'expression « lien volontaire » utilisée à l'alinéa *c* de l'article 14 semble bizarre et, à tout le moins, peu familière. Quant au fond, même si cette expression ne semble pas être utilisée dans la doctrine et dans les décisions judiciaires, ou pas suffisamment, les situations envisagées dans la disposition ne sont pas sans intérêt. C'est pourquoi il faut en tenir compte, mais de manière optimale et à l'endroit approprié, aux fins du développement progressif du droit. Par ailleurs, il est douteux qu'il soit nécessaire de conserver l'alinéa *d*.

50. Dans l'ensemble, M. Fomba approuve l'économie générale de l'article 14, et il convient d'écarter tout esprit polémique et d'envisager une approche plus globale de politique judiciaire. Enfin, la protection diplomatique devrait être replacée dans le contexte juridique qui est le sien en remplaçant l'expression « État défendeur » par « État responsable ».

51. M. BROWNLIE rappelle que, lorsqu'il a initialement abordé la question du lien volontaire, il l'a fait d'un point de vue de politique générale et non du point de vue de savoir si elle faisait partie du droit positif ou non. Il a utilisé une expression peut-être émotive, « assumer un risque », mais non dans le sens technique qui est le sien en droit de la responsabilité anglais ou américain, mais pour expliquer l'attitude des gouvernements face à certains types de réclamation. Il a essayé de démontrer que dans certaines circonstances insister sur l'épuisement des recours internes n'était pas réaliste et était oppressif pour les individus qui n'avaient pas l'appui d'intérêts économiques particuliers, ne faisaient pas partie d'un lobby ou n'avaient pas les ressources financières nécessaires.

52. Bien qu'au paragraphe 70 de son troisième rapport le Rapporteur spécial se montre très indifférent au sujet de la jurisprudence favorable au lien volontaire, il existe en fait une jurisprudence abondante, qui émane de toutes les traditions juridiques et de toutes les régions du monde et qui parfois remonte à de nombreuses décennies. Quoi qu'il en soit, il faut donner une définition de la notion de lien volontaire. Une situation dans laquelle des touristes ou d'autres personnes de passage pourraient être considérés comme ayant un lien volontaire avec un État est inacceptable. Le lien doit avoir une certaine durée et une certaine qualité.

53. Le PRÉSIDENT dit que le problème vient peut-être de la disparité entre le lien volontaire en tant que sous-catégorie de l'épuisement des recours internes et le lien volontaire en tant que sous-catégorie de la notion de ce qui est raisonnable.

54. M. YAMADA dit que les rapports présentés par le Rapporteur spécial sont riches en analyses qui suscitent la réflexion et que le débat a été extrêmement utile. En tant que président du Comité de rédaction, il s'abstiendra de commenter les divers projets d'article afin de rester neutre, mais il souhaite faire une observation générale sur la portée de la protection diplomatique.

55. Il partage certaines des craintes exprimées par Mme Xue et M. Simma. Peut-être est-il conservateur, mais il lui semble que la protection diplomatique est un régime qui vise essentiellement à permettre à un État de protéger ses nationaux qui ont subi un préjudice à l'étranger. La situation classique est celle dans laquelle un national de l'État A subi un préjudice découlant d'un fait internationalement illicite de l'État B en un lieu placé sous la juridiction ou le contrôle de l'État B, ce préjudice n'étant pas réparé par cet État. L'État A invoque alors une fiction, à savoir que le préjudice subi par son national constitue un préjudice pour lui-même, et il présente une réclamation à l'État B.

56. Certes, le régime de la protection diplomatique doit s'adapter aux exigences du monde contemporain et un développement progressif du droit est nécessaire, qui exige que l'on apporte des ajustements et que l'on prévoie des exceptions aux règles de l'État de nationalité, de la continuité de la nationalité, de l'épuisement des recours internes et autres. Mais que l'on dise que des affaires comme celle de la *Fonderie de Trail*, ou la catastrophe de Tchernobyl et d'autres cas de dommages transfrontières et de pollution environnementale relèvent de la protection diplomatique met M. Yamada mal à l'aise en tant que praticien de la diplomatie.

57. Dans les affaires de dommages transfrontières, le préjudice est causé dans la plupart des cas à des nationaux résidant sous la juridiction et le contrôle de l'État

de nationalité. Un préjudice direct est causé à cet État, qui n'a pas à invoquer une fiction mais peut présenter une réclamation directement à l'État qui a causé le préjudice. Par exemple, avant la conclusion du Traité interdisant les essais d'armes nucléaires dans l'atmosphère, l'espace extra-atmosphérique et sous l'eau, les États-Unis avaient mené une série d'essais nucléaires atmosphériques dans le Pacifique. En 1954, un navire japonais se livrant à la pêche au thon avait été pris dans des retombées radioactives très loin de la zone dangereuse définie par les États-Unis. L'équipage avait été exposé à des radiations excessives, et un de ses membres avait de ce fait perdu la vie. Le Gouvernement japonais a immédiatement présenté une demande en réparation du préjudice subi par le Japon. Le Gouvernement des États-Unis a répondu rapidement et un règlement amiable a été conclu à bref délai. Aucun des deux gouvernements n'a considéré qu'il s'agissait de protection diplomatique.

58. M. Yamada espère que la Commission n'élargit pas trop le champ de la protection diplomatique. Il se félicite que le Rapporteur spécial entende achever l'étude du sujet avant la fin du quinquennat, ce qui fera du projet d'articles sur la protection diplomatique l'une des réalisations de la Commission durant ce quinquennat.

59. M. DUGARD (Rapporteur spécial), rappelant qu'il a déclaré qu'il n'est pas nécessaire d'inclure une disposition sur le lien volontaire dans le projet précisément parce que dans la plupart des cas on est en présence d'un préjudice direct causé par un État à un autre, et que les recours internes n'ont donc pas à être épuisés, demande au Président du Comité de rédaction s'il estime que la question du lien volontaire pourrait être laissée aux exceptions existantes à la règle de l'épuisement des recours internes.

60. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) dit que, dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, les États-Unis et le Royaume-Uni s'étaient joints à la réclamation formulée contre la Bulgarie et avaient recouru à la protection diplomatique. Le préjudice était intervenu à l'étranger du point de vue des États-Unis et du Royaume-Uni, et il y avait donc un élément de lien volontaire. Il pourrait en être tenu compte dans le cadre de l'épuisement des recours internes.

61. Le PRÉSIDENT, parlant en qualité de membre de la Commission, souscrit à l'observation du Président du Comité de rédaction.

62. M. TOMKA dit qu'il n'est pas opposé à l'alinéa *a* de l'article 14. Le Comité de rédaction devrait pouvoir trouver un libellé convenable sur la base des options 2 et 3. À l'évidence, le critère de futilité manifeste serait trop rigoureux. S'agissant de l'alinéa *b* du même article, il se joint à ceux qui estiment que la présomption doit être contre toute renonciation implicite et se demande si le Comité de rédaction ne pourrait pas s'inspirer de l'article 45 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[8] et de la perte du droit d'invoquer la responsabilité. Il en va de même de l'estoppel. Il n'est pas contre la notion en tant que telle, mais il pourrait être difficile de traduire le terme dans les autres langues officielles, comme le russe et le français.

63. M. Tomka dit qu'il est réservé sur la question du lien volontaire. Le Rapporteur spécial lui-même n'est pas convaincu que les alinéas *c* et *d* de l'article 14 soient nécessaires et pense que les affaires citées pourraient être couvertes par d'autres exceptions. Les exemples ne sont pas tirés du domaine de la responsabilité de l'État mais de celui de la responsabilité internationale (*liability*). Pour M. Tomka, l'institution de la protection diplomatique est étroitement liée à la responsabilité de l'État. Le Comité de rédaction a proposé de considérer que la protection diplomatique est le résultat de l'action diplomatique ou de l'exercice de tout autre moyen de règlement pacifique par un État agissant en son nom propre ou parce qu'un préjudice a été causé à un de ses nationaux par le fait internationalement illicite d'un autre État. Ainsi, un fait illicite causant un préjudice à un national est un élément essentiel. Il ne comprend donc pas pourquoi l'exemple de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux est donné, car cela ne concerne pas la responsabilité de l'État, mais plutôt un régime particulier. De même, il existe des conventions spéciales qui couvrent le dommage transfrontière ou la pollution rampante sans que le problème se pose, à proprement parler, d'un fait internationalement illicite d'un État qui cause un préjudice à un national. En outre, M. Tomka hésite à tirer des conclusions, comme le fait le Rapporteur spécial, du fait que certains États n'ont pas insisté sur l'épuisement des recours internes ou le lien volontaire dans des instances devant la CIJ, comme en l'affaire de l'*Incident aérien du 10 août 1999*, lorsque le Pakistan a introduit une requête contre l'Inde. Pour lui, il était suffisant que l'Inde ait invoqué une déclaration générale au titre du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la Cour et plaide que l'affaire ne relevait pas de la compétence de la Cour. Ainsi, les exemples donnés au paragraphe 79 du rapport ne justifient aucunement l'inclusion de la notion de lien volontaire. M. Tomka pense comme le Rapporteur spécial que l'alinéa *c* de l'article 14 n'est pas à proprement parler nécessaire, et il estime qu'il ne devrait pas être envoyé au Comité de rédaction.

64. Quant à l'alinéa *e* de l'article 14, il est difficile d'accepter l'argument selon lequel l'appareil judiciaire national n'a pas les ressources nécessaires, surchargé qu'il est par le nombre des instances introduites tant pas des nationaux que par des étrangers. La règle de l'épuisement des recours internes vise à donner à un État la possibilité de réparer le préjudice causé avant qu'une réclamation interne ne soit portée sur le plan international. Si la procédure devant les tribunaux nationaux est indûment retardée, un État ne doit pas pouvoir en tirer parti en déclarant que les recours internes n'ont pas été épuisés.

65. L'alinéa *f* de l'article 14 devrait être renvoyé au Comité de rédaction et, bien que la question de la charge de la preuve soit intéressante, l'article 15 n'est pas nécessaire dans le projet d'articles sur la protection diplomatique. M. Tomka souscrit à l'opinion du Rapporteur spécial selon laquelle la souplesse s'impose. L'article 15 devrait être supprimé.

66. Mme XUE dit que la théorie du lien volontaire est très utile dans le contexte du régime de la protection diplo-

[8] Voir 2712e séance, note 13.

matique. Il constitue l'un des arguments les plus convaincants en faveur de l'exigence de l'épuisement des recours internes avant qu'un étranger ne puisse demander l'aide du gouvernement de l'État de sa nationalité. Il remédie également à la rigueur du seul lien territorial. Mais il serait problématique d'utiliser l'absence de lien volontaire comme situation exceptionnelle ouvrant droit à la protection diplomatique. Des questions comme celle du dommage transfrontière ou certaines des situations visées au paragraphe 83 du rapport ne relèvent pas du présent sujet, sauf à sembler dire, au niveau de la Commission, que dans tous les cas de dommages transfrontières les victimes étrangères doivent d'abord exercer les recours internes en cas de préjudice. Or ce n'est pas ce que l'on veut dire ici. Au contraire, lorsque le dommage transfrontière à l'environnement devient très grave, l'État prend les choses en main et s'en occupe sur le plan international. Dans de tels cas, il ne s'agit pas seulement d'un droit de l'État mais aussi d'une obligation, au moins au plan national, d'agir sur le plan international en s'adressant à l'État qui a causé le dommage. Cette question ne devrait pas être envisagée dans le cadre de la protection diplomatique.

67. Élargir le champ de la protection diplomatique aux dommages transfrontières en faisant de l'absence de lien volontaire une exception entraîne un certain nombre de conséquences. Premièrement, cela signifie que c'est uniquement par le biais d'une telle disposition qu'un État pourra exercer sa protection diplomatique au nom de ses nationaux qui ont subi un dommage transfrontière du fait d'activités menées sur le territoire d'un autre État. Il faudrait alors tirer la conclusion radicale selon laquelle toutes les réclamations internationales de ce type entrent dans le champ de la protection diplomatique, ce qui n'est certainement pas l'opinion des États en pratique. M. Yamada a donné un bon exemple à cet égard. La seconde conséquence serait que, du fait d'une clause exceptionnelle, la Commission transformerait tous les cas de dommage environnemental transfrontière en des affaires de recours. Or telle n'est pas la réalité, parce que de tels dommages intéressent souvent la prévention et la coopération entre les États concernés et n'impliquent pas uniquement une réparation. L'affaire de la *Fonderie de Trail*, qui a été citée, ne concerne pas le calcul des réparations.

68. La troisième conséquence concerne la relation entre la protection diplomatique et le droit international de l'environnement. Quelle est la raison d'être du principe de non-discrimination ? En pratique, même lorsqu'un dommage environnemental transfrontière est causé et que les victimes étrangères ont les ressources financières et l'aide juridique nécessaires pour agir, elles font l'objet d'une discrimination en qualité d'étrangers et ne sont souvent pas en mesure d'accéder aux recours internes pour des raisons, par exemple, de compétence des tribunaux, de lois applicables, et de reconnaissance ou d'exécution des jugements étrangers. Tous ces obstacles juridiques empêchent les étrangers d'accéder aux recours internes. D'où la nécessité du principe de non-discrimination. Il ne s'agit pas de dire que les victimes doivent d'abord épuiser les recours internes : elles ne peuvent le faire. Dans l'affaire de la *Fonderie de Trail*, les citoyens américains ayant subi un préjudice du fait des rejets de la fonderie ne pouvaient saisir les tribunaux canadiens, et les lois locales ne leur ouvraient aucun recours. Afin que le résultat soit équitable, les deux gouvernements sont également convenus d'appliquer la jurisprudence américaine sur les ressources en eau inter-États, ce qui montre qu'il ne faut pas confondre la protection diplomatique avec les réclamations internationales de caractère général. Le nombre croissant des problèmes de dommages transfrontières est une raison supplémentaire pour envisager la question séparément.

69. La protection diplomatique est l'un des domaines les plus anciens et les plus délicats des relations internationales. La Commission doit aller avec son temps et travailler au développement progressif du droit, mais considérer toutes les réclamations internationales comme relevant de la protection diplomatique n'est pas compatible avec la pratique internationale telle que les États la perçoivent. La théorie du lien volontaire peut être développée sur comme la base de la règle de l'épuisement des recours internes mais elle ne doit pas être considérée comme une exception.

70. M. DUGARD (Rapporteur spécial) note que c'est essentiellement M. Brownlie qui a fait du lien volontaire un élément fondamental de la protection diplomatique.

71. Le Président et M. Yamada, Président du Comité de rédaction, ont approuvé son opinion selon laquelle la Commission ne doit pas conserver de dispositions sur le lien volontaire; d'autres membres ont fait valoir que le lien volontaire ne devait pas constituer une exception mais faire l'objet d'une disposition ou d'une étude distincte. Les membres estiment-ils que la question doit être renvoyée au Comité de rédaction, ou veulent-ils adresser à ce dernier des instructions pour qu'il mette la question au clair ?

72. M. MANSFIELD souscrit à l'observation faite par Mme Xue au sujet du dommage transfrontière, car dans la plupart des cas un préjudice direct est causé à l'État. Dans cette mesure, il appuie le Rapporteur spécial. C'est toutefois à juste titre que M. Brownlie a noté que la question du lien volontaire est en réalité une question d'équité et concerne ce qui est raisonnable, dans un contexte plus large. Le Président a dit qu'elle pouvait être envisagée dans le cadre de ce qui est raisonnable, probablement à l'alinéa *a* de l'article 14. Personnellement, M. Mansfield ne voit pas comment. Il serait bon que le Comité de rédaction réfléchisse à l'endroit où il convient de traiter de la question de l'équité et du caractère raisonnable, et cette question ne doit pas être laissée de côté. Si la Commission ne retient pas l'idée du lien volontaire, qui exprime en partie cette notion d'équité, bien que d'une manière pas totalement satisfaisante, elle doit l'envisager séparément et spécifiquement; peut-être la question devrait-elle être laissée au Comité de rédaction.

73. Mme XUE explique qu'elle a voulu dire que c'est en tant qu'exception que la disposition relative au lien volontaire ne doit pas figurer dans le projet. L'idée est utile pour expliquer pourquoi les recours internes doivent être épuisés, mais il serait faux de conclure qu'en l'absence de lien volontaire, la protection diplomatique doit être invoquée. Si la Commission estime que davantage d'arguments en faveur de la règle de l'épuisement des recours internes sont nécessaires, elle peut ajouter dans le commentaire le raisonnement sur le lien volontaire, mais pas en tant qu'exception.

74. Mme ESCARAMEIA se joint aux membres qui estiment que la question du lien volontaire est une question de fond sur laquelle la Commission est très divisée, et elle pense avec M. Mansfield et d'autres qu'elle ne peut être traitée à l'alinéa *a* de l'article 14. Elle ne pense pas que c'est au Comité de rédaction que les divergences d'opinion quant au fond doivent être réglées. Quoi qu'il en soit, la composition du Comité est limitée et ne reflète pas nécessairement les divergences d'opinion qui sont manifestées en plénière. Des consultations informelles ne devraient-elles pas se tenir dans de tels cas ?

75. Le PRÉSIDENT dit que l'on peut organiser des consultations informelles mais que normalement la question est renvoyée au Comité de rédaction qui, bien que sa composition soit limitée, est ouvert à tous les membres de la Commission. Si les membres n'approuvent pas les propositions du Rapporteur spécial, un autre moyen de parvenir à un accord devra être trouvé.

76. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que les observations des membres ont montré combien il était difficile de développer progressivement le droit sur une question aussi ancienne. Il ne pense pas que la Commission doive prendre le risque d'étudier autre chose que la protection diplomatique. Il est favorable à l'approche traditionnelle du sujet et donc vigoureusement opposé à ce que la prétendue notion de lien volontaire soit consacrée dans le projet d'articles.

77. M. SIMMA dit qu'il partage l'opinion de M. Brownlie, à savoir que la notion de lien volontaire ne fait pas partie des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Il propose donc de renvoyer l'article 14 sur les deux exceptions au Comité de rédaction et de réfléchir encore à la question du lien volontaire, soit dans le cadre de consultations informelles, soit en demandant au Rapporteur spécial d'établir pour la prochaine session un rapport tenant compte des diverses opinions exprimées sur le sujet. La Commission peut encore ajouter quelque chose après les articles 11 ou 10 si l'opinion majoritaire se révèle favorable à la notion de lien volontaire. Elle peut poursuivre l'élaboration de l'article 14, parce que le lien volontaire ne constitue pas une exception à la règle de l'épuisement des recours internes.

78. M. CHEE, notant que l'alinéa *b* du paragraphe 83 suggère une exception à la règle de l'épuisement des recours internes dans le cas où un aéronef a été abattu hors du territoire de l'État défendeur ou est entré par accident dans l'espace aérien de celui-ci, demande ce qui se passe si les deux États concernés n'ont pas de relations diplomatiques parce que l'un n'a pas reconnu l'autre. Lorsque le vol 007 de Korean Airlines a été abattu, l'Organisation de l'aviation civile internationale s'est saisie de l'affaire, puisque l'Union soviétique et la République de Corée ne se reconnaissaient pas : même si les personnes lésées avaient voulu épuiser les recours internes, cela n'aurait pas été possible. D'où la nécessité de tenir compte de la reconnaissance d'un État comme condition préalable de l'épuisement des recours internes.

79. M. TOMKA dit que la Commission devrait faire preuve de prudence s'agissant d'invoquer le lien volontaire pour justifier la règle de l'épuisement des recours internes, parce que l'on pourrait arguer qu'en l'absence de lien volontaire, la règle ne s'applique pas. Il s'oppose à ce que l'on inclue la notion de lien volontaire en tant qu'exception, parce que la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes est de donner à l'État la possibilité de réparer le préjudice; c'est seulement lorsqu'il ne le fait pas qu'une réclamation interne se transforme en réclamation interétatique. Toutes les exceptions figurant à l'article 14 concernent soit le système juridique de l'État soit son comportement, alors que l'exception tenant au fait que le lien n'est pas volontaire ne concerne pas l'État, mais un individu. La règle de l'épuisement des recours internes met l'État à l'abri des réclamations internationales en lui donnant la possibilité de réparer le préjudice causé à des étrangers. Pour cette raison, il n'est pas justifié de faire de l'absence de lien volontaire une exception.

80. M. OPERTTI BADAN dit qu'il appuie la proposition de M. Simma tendant à ce qu'on demande au Rapporteur spécial d'établir un rapport traitant du sujet de manière plus approfondie et qu'il pense avec M. Brownlie que, si la question du lien volontaire est renvoyée au Comité de rédaction, la Commission doit d'abord définir la notion.

La séance est levée à 13 heures.

2719e SÉANCE

Mardi 14 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dresse un bilan détaillé du débat sur le sujet de la protection diplomatique. Il constate tout d'abord que la Commission le soutient dans sa volonté de limiter la portée du projet d'articles aux questions relevant du champ de la nationalité des réclamations et de l'épuisement des recours internes, ce qui permettrait d'achever l'examen du sujet à la fin du quinquennat en cours. M. Pellet a fait part de son aversion pour la notion de nationalité des réclamations, à laquelle il attribue une connotation de *common law*, mais, dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, le Président de la CIJ, qui n'était pas anglophone, l'emploie expressément. Cela étant, les mots « nationalité de la réclamation » ne figureront probablement pas dans le projet d'articles.

2. Les membres de la Commission se sont également prononcés sur les questions évoquées au paragraphe 16 du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/523 et Add.1) qui sont liées à la nationalité des réclamations mais ne relèvent pas traditionnellement de ce domaine. La Commission ne s'est pas montrée favorable à une étude complète de la première de ces questions, soit la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales. Plusieurs membres ont insisté toutefois sur la nécessité d'établir dans le commentaire une distinction entre la protection diplomatique et la protection fonctionnelle, en se référant plus particulièrement à la réponse de la CIJ à la deuxième question qui lui était posée dans l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, à savoir comment concilier l'exercice de la protection fonctionnelle par l'ONU avec le droit de l'État de nationalité de protéger ses ressortissants. Il s'agirait en l'occurrence de revendications concurrentes du droit à exercer la protection. Le Rapporteur spécial traitera de cette question dans le commentaire de l'article premier, mais il se pourrait qu'il faille lui consacrer un article distinct. La deuxième proposition d'extension de la portée du sujet évoquée au paragraphe 16 du rapport, qui concerne le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et des passagers, n'a guère été soutenue au sein de la Commission, mais d'aucuns ont suggéré de l'inclure dans le commentaire, en se référant plus particulièrement à l'*Affaire du navire « Saiga »*. C'est ce que le Rapporteur spécial compte faire. Le troisième cas de figure évoqué au paragraphe 16, à savoir la délégation par un État à un autre État du droit d'exercer la protection diplomatique, se rencontre rarement dans la pratique et a été très peu étudié par la doctrine. Le Rapporteur spécial compte néanmoins examiner cette question plus avant et espère bénéficier du concours des membres de la Commission qui s'y seraient intéressés, en particulier M. Daoudi. Le quatrième aspect qui pourrait entrer dans le champ de l'étude est celui de l'exercice de la protection diplomatique par un État qui administre, conquiert ou occupe un territoire. Hormis M. Pellet, qui était résolument favorable à son inclusion, cette proposition n'a guère été soutenue. Enfin, certains membres ont proposé que soit étudiée la protection diplomatique qu'exercerait une organisation internationale à l'égard d'habitants de territoires qu'elle administre, comme c'est le cas au Kosovo ou au Timor oriental. Cette proposition a été appuyée par certains mais la plupart des membres ont estimé qu'elle avait plutôt sa place dans le sujet de la responsabilité des organisations internationales.

3. Toujours au chapitre des remarques préliminaires, le Rapporteur spécial note que M. Candioti a soulevé la question de la règle des « mains propres » ou, comme l'a dit M. Pellet, la question de savoir si une personne privée peut bénéficier de la protection diplomatique alors qu'elle-même a violé des règles du droit international ou interne. Il traitera de cette question dans l'additif qu'il consacrera à la clause Calvo, ainsi que dans le commentaire de l'article 5, en référence à l'affaire *Nottebohm*, et dans le cadre de l'examen de la nationalité des sociétés, en référence à l'affaire de la *Barcelona Traction*. Outre l'additif sur la clause Calvo, le Rapporteur spécial annonçait dans le paragraphe 13 de son rapport un autre additif, sur le déni de justice. Or, il ressort du débat que la plupart des membres sont hostiles ou, au mieux, neutres quant à l'inclusion de cette notion dans le champ de l'étude. Plusieurs ont insisté sur le fait qu'il s'agit d'une règle primaire, mais M. Opertti Badan a fait remarquer, à juste titre, que le déni de justice se retrouve dans un certain nombre de contextes qui relèvent de la procédure, et qu'il a donc un aspect de règle secondaire. Le contenu de la notion de déni de justice est pour le moins incertain. Au début du XXe siècle, il s'agissait du refus de l'accès aux tribunaux. Les théoriciens latino-américains ont ajouté la partialité et le retard abusif. Pour d'autres, le déni de justice ne se limite pas à l'action ou omission d'ordre judiciaire et inclut la violation du droit international sur les plans administratif ou législatif, couvrant ainsi tout le champ de la responsabilité des États. De nos jours, la notion de déni de justice se limite au fait illicite du système judiciaire aboutissant à un défaut de procédure ou une décision injuste. En tout état de cause, cette notion apparaît de moins en moins dans la jurisprudence et est dans une large mesure remplacée par les normes de justice énoncées dans les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. La Commission considère manifestement que cette notion n'a pas sa place dans le sujet et le Rapporteur spécial renonce donc à lui consacrer un additif.

4. Les projets d'articles 12 et 13 ont suscité de très nombreuses critiques. M. Brownlie a estimé qu'ils n'offraient pas un cadre utile à l'étude du sujet et qu'il aurait mieux valu énoncer la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes, les raisons pour lesquelles le droit international pose cette règle : existence d'un lien volontaire entre l'étranger et le pays d'accueil, nécessité d'établir rapidement les faits, ce que les tribunaux internes sont davantage en mesure de faire, etc. M. Brownlie développe aussi cet argument[4]; il ajoute cependant que le rôle de la règle de l'épuisement des recours internes apparaît plus clairement si l'on distingue trois situations, lesquelles se trouvent être celles énoncées par Fawcett[5] et sur lesquelles le Rapporteur spécial s'est fondé pour établir ses projets

[4] I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5e éd., Oxford University Press, 1998, p. 496 et 497.

[5] Voir 2712e séance, note 11.

d'articles 12 et 13. Il semble donc que ces derniers constituent quand même un cadre utile pour aborder le sujet. Le Rapporteur spécial avait d'ailleurs établi dans son deuxième rapport[6] une section introductive sur la raison d'être de la règle, mais ce développement n'avait pas été particulièrement bien accueilli par la Commission. Il reviendra donc sur cet aspect dans le commentaire de l'article 10. Quoi qu'il en soit, force est de constater que les projets d'articles 12 et 13 n'ont guère recueilli l'assentiment général et qu'ils ont été jugés trop théoriques, hors sujet, doctrinalement dualistes et déterminés à l'excès par la distinction entre procédure et fond, alors qu'ils procèdent en réalité d'un débat qui occupe une large place dans la littérature, qui a des répercussions pratiques importantes et qui constituait le socle de la tentative précédente de codification de la règle de l'épuisement des recours internes par la Commission. Certaines critiques à l'égard de l'article 13 sont certes fondées. Ainsi, M. Tomka et M. Pellet ont fait valoir que la protection diplomatique intervient lorsqu'il y a eu violation du droit international alors que l'article 13 traite essentiellement de situations où, en droit international, le tort n'a pas encore été fait. Mme Escarameia et d'autres ont fait valoir que le projet d'article 13 traite essentiellement de la question de savoir quand la responsabilité internationale de l'État est engagée et ne relève donc manifestement pas de la règle de l'épuisement des recours internes. Quant au projet d'article 12, s'il a été appuyé par quelques membres, plusieurs autres ont estimé que le Comité de rédaction pourrait simplement en tenir compte lors de la rédaction de l'article 10. Le Rapporteur spécial propose donc de ne pas renvoyer au Comité les projets d'articles 12 et 13, ce qui aurait au moins le mérite de ne pas trancher le débat sur la question de savoir si la règle de l'épuisement des recours internes est une règle de procédure ou de fond et laisserait les membres libres d'avoir leur opinion à ce sujet.

5. S'agissant de l'article 14, ses alinéas *a*, *e* et *f* portent sur la question de l'efficacité. M. Pellet a fait à ce sujet une suggestion utile, consistant à ne pas faire figurer ce terme d'efficacité dans l'article 10. Plusieurs membres de la Commission au cours de la session précédente, ainsi que des délégations à la Sixième Commission, ont fait valoir que la notion d'efficacité ne devrait être traitée que dans le cadre des exceptions. Il faut espérer que le silence de la Commission signifie une approbation de cette suggestion. L'alinéa *a* a recueilli un appui quasi unanime, la plupart des membres se montrant favorables à l'option 3, et quelques-uns aux options 2 et 3 en même temps, l'option 1 ayant été peu appuyée. Le Rapporteur spécial propose donc de renvoyer l'alinéa *a* du paragraphe 14 au Comité de rédaction, en chargeant celui-ci d'examiner les options 2 et 3. Les avis étaient plus partagés sur l'alinéa *e*, relatif au retard abusif. Un ou deux membres s'y sont opposés, d'autres ont proposé de traiter de son contenu dans le cadre de l'alinéa *a*, mais une majorité s'est quand même prononcée pour son maintien en tant que disposition distincte. Le Rapporteur spécial propose donc de le renvoyer au Comité de rédaction, en gardant à l'esprit la suggestion de M. Gaja tendant à préciser clairement que le retard doit être le fait des tribunaux, ainsi que la suggestion de M. Pellet tendant à éviter l'emploi de l'expression « État défendeur », dans cet alinéa comme dans les autres. Quant à l'alinéa *f*, certains membres étaient favorables à son renvoi au Comité de rédaction, éventuellement dans une formulation qui couvrirait les situations où c'est un groupement de type mafieux et non l'État défendeur qui empêche l'accès aux voies de recours internes. La majorité des membres a toutefois estimé qu'il valait mieux traiter de cette question dans le cadre de l'alinéa *a*. Le Rapporteur spécial propose donc que l'alinéa *f* de l'article 14 ne soit pas renvoyé au Comité de rédaction.

6. En ce qui concerne l'alinéa *b* de l'article 14, les membres de la Commission ont généralement estimé que la renonciation expresse devait constituer une exception à la règle de l'épuisement des recours internes mais nombre d'entre eux ont été troublés par la notion de renonciation implicite et ont estimé que celle-ci devait être claire et sans ambiguïté. Cela étant, même ces membres-là ne se sont pas opposés à ce que le Comité de rédaction se penche sur la question. Le Rapporteur spécial propose donc de renvoyer l'alinéa *b* au Comité de rédaction, en préconisant à celui-ci de faire preuve de prudence en ce qui concerne la renonciation implicite et de traiter éventuellement comme renonciation implicite la notion d'estoppel à laquelle M. Pellet s'est montré très opposé en raison de ses connotations de *common law*.

7. Les alinéas *c* et *d* de l'article 14 ont donné lieu à un débat très stimulant mais dont il est difficile de tirer une conclusion claire. Les membres de la Commission ont été généralement d'accord sur le fait que, quoi qu'il advienne de l'alinéa *c*, l'alinéa *d* en était une composante et ne justifiait pas un traitement distinct. De nombreux membres ont estimé que l'alinéa *c* contient un principe important mais qui constitue non pas une exception mais une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique. Mme Xue et M. Tomka ont fait valoir que les situations de dommage transfrontière impliquent une responsabilité sans fait illicite et devraient donc être totalement exclues. M. Rosenstock estimait pour sa part que ces notions pouvaient entrer dans le champ de l'alinéa *a* du paragraphe 14, en liaison avec la notion de caractère raisonnable. Tel était aussi l'avis initial du Rapporteur spécial, qui jugeait les alinéas *c* et *d* inutiles, parce que, dans la plupart des cas, il y aurait préjudice direct, et l'article 11 jouerait, ou problème d'efficacité, renvoyant à l'alinéa *a* de l'article 14. M. Simma a proposé que cette question fasse l'objet d'un rapport distinct. D'autres membres ont suggéré qu'elle fasse l'objet de consultations informelles. Le Rapporteur spécial éprouve quant à lui quelques difficultés à déterminer ce que la Commission veut faire de ces deux alinéas.

8. Enfin, l'article 15, sur la charge de la preuve, a été jugé inoffensif par certains et trop complexe par d'autres mais la grande majorité s'est prononcée contre ce texte. Le Rapporteur spécial propose donc que l'article 15 ne soit pas renvoyé au Comité de rédaction.

9. M. PELLET dit que le Rapporteur spécial a rendu compte très objectivement des débats que la Commission a consacrés au sujet à l'étude, ce qui l'a amené à hésiter, à juste titre, sur le renvoi de l'alinéa *c* de l'article 14 au Comité de rédaction. Il n'en reste pas moins qu'il serait dommage que cet alinéa disparaisse alors qu'il a suscité de nombreuses réflexions et que plusieurs membres de la Commission ont changé d'avis à son sujet au cours du

[6] Ibid., note 2.

débat. L'alinéa *c* devrait donc être renvoyé au Comité de rédaction, quitte à ce que celui-ci ait la latitude d'en faire une disposition distincte ou de le conserver parmi les exceptions, ce qui serait une erreur.

10. Le PRÉSIDENT, s'exprimant à titre de membre de la Commission, croit comprendre que le Rapporteur spécial est d'avis non pas de supprimer l'alinéa *c* mais de charger le Comité de rédaction de l'examiner dans le cadre de la rédaction de l'alinéa *a*.

11. M. TOMKA estime que la proposition tendant à faire de la notion de lien volontaire une exception à la règle de l'épuisement des recours internes n'a pas recueilli suffisamment d'appui de la part des membres de la Commission pour que l'alinéa *c* puisse être renvoyé au Comité de rédaction. Le Comité pourrait tenir compte des différentes opinions exprimées dans sa formulation de l'article 14 *a* et des articles 10 et 11, ou en faire mention dans le commentaire de ces articles.

12. Mme ESCARAMEIA constate, comme le Rapporteur spécial, que pour la plupart des membres le lien volontaire ne doit pas être traité comme une exception. Si l'alinéa *c* est renvoyé au Comité de rédaction, ou intégré à l'article 14 *a* ou à une autre disposition, on n'aura pas traité une question de fond, à savoir qu'il s'agit non d'une exception mais d'une condition préalable. Elle réitère donc sa proposition de procéder à des consultations informelles sur ce point, en rappelant que, même si tous les membres de la Commission peuvent participer à ses réunions, le Comité de rédaction est un organe restreint. On pourrait éventuellement envisager d'organiser une réunion spéciale à laquelle prendraient part tous les membres avec un droit égal à la parole.

13. Le PRÉSIDENT note que deux points de vue s'opposent, certains considérant le lien volontaire comme une condition *sine qua non*, et d'autres l'envisageant plutôt comme un élément à prendre en compte. Il lui semble cependant que la proposition du Rapporteur spécial est équilibrée puisqu'elle ne fait pas de l'absence de lien volontaire un élément ayant un effet automatique.

14. M. Sreenivasa RAO estime que, pour tenir compte des différentes positions sur le traitement de la notion de lien volontaire, une certaine souplesse est nécessaire, mais que toutefois ce point est trop important pour figurer comme simple élément secondaire de l'alinéa *a* de l'article 14.

15. M. BROWNLIE fait observer que traiter la question qui fait l'objet de l'alinéa *c* dans le cadre de plusieurs articles, comme l'a envisagé le Rapporteur spécial, pourrait être une façon de la vider de sa substance. Quel que soit le sort fait à la disposition, de nombreux membres estiment qu'il s'agit d'une condition préalable et non d'une exception, et par conséquent il faudrait l'examiner dans le cadre de l'article 10.

16. M. DUGARD (Rapporteur spécial) craint que, si ce point n'est pas traité à la session en cours, il ne reçoive pas, à la session suivante, toute l'attention qu'il mérite, et c'est pourquoi il propose de reformuler les articles 10, 11 et 14 de manière à refléter certains des points de vue exprimés au cours du débat. Il n'aurait pas d'objection à ce que l'on renvoie simplement l'alinéa *a* de l'article 14 au Comité de rédaction.

17. M. PELLET répète que puisque, dans leur très grande majorité, les membres semblent convenir que l'alinéa *c* de l'article 14 expose un principe fondamental, il serait logique de le renvoyer au Comité de rédaction, à qui il appartiendra de décider s'il convient de laisser cette disposition sous forme d'alinéa de l'article 14, d'en faire un article séparé, ou encore d'en faire figurer la teneur dans différents articles comme l'a proposé le Rapporteur spécial.

18. M. TOMKA n'est nullement convaincu que le lien volontaire constitue une condition préalable à l'exercice de la protection diplomatique. Adopter cette position reviendrait à dire que, dans l'affaire de l'*Incident aérien du 27 juillet 1955*, Israël n'avait aucun droit à demander réparation à la Bulgarie au motif qu'un aéronef israélien avait été abattu dans l'espace aérien bulgare, ce qui conduit à retourner l'argument du lien volontaire contre la partie qui l'invoque. M. Tomka juge donc qu'il serait plus prudent de suspendre le débat sur l'alinéa *c* et de laisser au Rapporteur spécial la possibilité de soumettre une nouvelle proposition sur la notion de lien volontaire comme il s'est dit prêt à le faire.

19. M. SIMMA demande si, dans l'hypothèse où le Rapporteur spécial présenterait effectivement à la session suivante une nouvelle proposition sur la façon de traiter la question du lien volontaire, cette proposition pourra être renvoyée directement au Comité de rédaction ou si un nouveau débat en plénière s'avérera d'abord nécessaire.

20. M. DUGARD (Rapporteur spécial) précise que sa proposition était simplement d'intégrer la notion de lien volontaire dans les articles 10, 11 et 14 *a*. Si la Commission estime que la question doit être examinée plus avant sur le fond, il serait opportun de procéder à des consultations informelles qui permettraient d'aboutir à un consensus dès à présent, alors que les arguments du débat sont encore dans les mémoires, plutôt que de recommencer le débat l'année suivante.

21. M. KAMTO, rappelant que le Rapporteur spécial a déclaré ne pas avoir l'intention de développer la notion de déni de justice, estime qu'il serait utile de faire apparaître, soit dans le rapport, soit dans le commentaire, dans quelle mesure les hypothèses de l'article 14 coïncident avec la notion de déni de justice ou s'en distinguent, sans pour autant consacrer une disposition à cette question.

22. M. BROWNLIE dit que, dans l'examen de l'alinéa *c* de l'article 14, il ne faut pas se limiter à la question de savoir si la notion de lien volontaire fait partie du droit positif, ce qui n'est pas certain, mais qu'il convient de l'aborder dans le cadre du développement progressif qui fait partie du mandat de la Commission. En tout état de cause, il s'agit bien d'une condition préalable et non d'une exception. Il serait utile que le Rapporteur spécial élabore un projet de texte sur le lien volontaire, en donnant une définition de cette notion, laquelle mérite une étude sérieuse qui permettrait notamment d'en fixer les limites.

23. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA fait valoir que des consultations informelles ne permettraient sans doute pas de concilier des positions opposées et considère par

conséquent que la question de l'inclusion de la notion devrait être soumise au vote.

24. Mme XUE dit qu'il ressort du débat que la question du lien volontaire est une question de fond, et que poursuivre la discussion sur ce point ne permettra pas d'arriver à une conclusion. Il serait judicieux de laisser au Rapporteur spécial la possibilité de proposer une nouvelle formulation tenant compte de tous les points de vue exprimés, ce qui deviendra très difficile si le débat continue.

25. M. OPERTTI BADAN estime qu'il ne s'agit nullement d'un problème de rédaction, mais bien d'un problème de fond. Intégrer l'alinéa *c* dans l'alinéa *a* ne serait qu'un expédient; il faut d'abord procéder à une vraie réflexion sur la question du lien volontaire, qui est importante comme le montrent les exemples cités.

26. M. MANSFIELD juge très constructif le point de vue du Rapporteur spécial selon lequel la formulation retenue pour les articles 10, 11 et 14 *a* doit tenir compte des points de vue exprimés lors du débat. Il s'agit effectivement d'une question importante; pour autant, les consultations informelles ne lui paraissent pas de nature à faire avancer le débat. Il serait préférable d'attendre les résultats des travaux du Comité de rédaction et du Rapporteur spécial.

27. M. PELLET ne croit pas à l'utilité de consultations informelles en la matière. Sur la question de savoir si on a affaire à une condition ou une exception, il estime qu'il s'agit d'une différence de perspectives, sans incidence pratique : dans la perspective du Rapporteur spécial, l'épuisement des recours internes est obligatoire, sauf s'il n'existe pas de lien volontaire, autrement dit, l'absence de lien constitue une exception à la règle; sous un autre angle, l'existence d'un lien volontaire est la condition à remplir pour que l'épuisement des recours soit exigé. Pour sa part, M. Pellet propose de poser le problème en creux, en parlant de « lien fortuit ». En principe, il faut, avant toute action internationale, épuiser les recours internes; toutefois, si le lien avec l'État est fortuit, il n'y a pas lieu d'exiger l'épuisement des recours internes. Dans cette formulation, on se trouve clairement devant une exception. Quoi qu'il en soit, il propose de renvoyer la question au Comité de rédaction, ce qui est la manière habituelle de procéder.

28. M. SIMMA, constatant que les avis sur la question de savoir si l'absence de lien volontaire constitue ou non une exception à la règle de l'épuisement des recours internes sont partagés, pense qu'il serait malvenu de renvoyer à ce stade l'alinéa *c* de l'article 14 au Comité de rédaction. Aussi propose-t-il que la Commission suspende le débat sur ce point et demande au Rapporteur spécial d'engager des consultations informelles et de lui rendre compte de leurs résultats dans les meilleurs délais.

29. M. CANDIOTI appuie la proposition de M. Simma.

30. M. CHEE souhaiterait vivement que la Commission approfondisse sa réflexion sur la question de l'applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes en l'absence de lien volontaire, qui est une question de fond. Cela dit, il ajouterait aux exemples qui justifieraient une exception à la règle cités par le Rapporteur spécial au paragraphe 83 de son troisième rapport celui de l'absence de relations diplomatiques entre l'État lésé et l'État responsable.

31. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, se référant à l'expression « lien fortuit » suggérée par M. Pellet en lieu et place de l'expression « lien volontaire », tient à formuler deux observations. Premièrement, le problème en l'occurrence n'est pas un problème de vocabulaire : la notion de « lien volontaire » a nécessairement des implications et appelle à ce titre une analyse circonstanciée pour savoir si elle permet de traiter dûment de la protection diplomatique. Deuxièmement, il reste à savoir si la notion de « lien volontaire » et celle de « lien fortuit » coïncident.

32. Le PRÉSIDENT déclare qu'en l'absence d'objection, il considérera que la Commission décide de renvoyer au Comité de rédaction les alinéas *a*, *b*, *d* et *e* de l'article 14, de supprimer les articles 12, 13 et 15 et l'alinéa *f* de l'article 14 et de suspendre pour le moment le débat sur l'alinéa *c* de l'article 14 pour y revenir ultérieurement.

Il en est ainsi décidé.

Les réserves aux traités[7] (A/CN.4/526 et Add.1 à 3[8], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623)

[Point 3 de l'ordre du jour]

Septième rapport du Rapporteur spécial

33. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant l'introduction de son septième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/526 et Add.1 à 3), dit que celui-ci constitue essentiellement un récapitulatif à vocation rétrospective, voire didactique, destiné à faire le point, surtout à l'intention des nouveaux membres de la Commission, des travaux qui ont été accomplis et de ceux qui restent à l'être. Il y rappelle les travaux et décisions antérieurs de la Commission sur le sujet, en remettant les choses en perspective et en expliquant dans quelles conditions la Commission a été amenée à inscrire à nouveau cette question à son ordre du jour, en la détachant, fait inhabituel, de celle, plus vaste, du droit des traités déjà codifié. Le Rapporteur spécial précise que, ce faisant, la Commission a, dès sa quarante-septième session, pris deux décisions importantes sur lesquelles, il l'espère vivement, on ne reviendra pas : premièrement, sauf nécessité impérieuse, les règles de Vienne en matière de réserves qui, pour ambiguës et lacunaires qu'elles soient, donnent globalement satisfaction ne seront pas remises en cause; deuxièmement et en conséquence, la Commission adoptera un guide de la pratique, qui en principe n'est pas appelé à devenir un traité. C'est sur cette base que le Rapporteur spécial a présenté à la quarante-huitième session de la Commission, dans son deuxième rapport, un « plan provisoire de l'étude »[9], auquel il s'est jusqu'ici tenu plus ou moins exactement, même si les travaux ont avancé plus lentement que prévu – et ceci pour de multiples raisons, dont la redouta-

[7] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[8] Voir *supra* note 3.

[9] *Annuaire... 1996*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/477 et Add.1, par. 37, p. 50.

ble complexité du sujet, qui se situe à la croisée de problèmes assez fondamentaux du droit international général, et en tout cas du droit des traités. Des progrès ont tout de même été faits : la Commission a adopté à cette date 41 projets de directive, dont 30 relatifs à la définition des réserves et des déclarations interprétatives et 11 à la formulation des réserves; en outre, à sa session précédente, elle a renvoyé au Comité de rédaction, qui n'a pu les examiner alors faute de temps mais qui doit le faire à la session en cours, 17 nouveaux projets de directive qui concernent tous des questions techniques liées à la formulation des réserves.

34. Tous ces projets de directive sont repris à la fin du septième rapport, où est reproduit, en caractères normaux, le texte des projets de directive qui ont déjà été adoptés définitivement par la Commission en première lecture et qui ne sont pas censés être réexaminés, du moins avant l'achèvement de l'examen en première lecture du Guide de la pratique. Ceci ne vaut cependant pas pour les dispositions relatives aux déclarations interprétatives conditionnelles, dont il a été convenu qu'elles seraient abandonnées le cas échéant s'il se confirmait que leur régime est identique à celui des réserves. Le Rapporteur spécial précise être, sur ce point, neutre. Figure en outre, en italiques, le texte des projets de directive que le Rapporteur spécial a proposés dans son sixième rapport[10] à la session précédente de la Commission et qui ont été renvoyés au Comité de rédaction. La Commission n'a plus à en débattre en plénière, en tout cas à ce stade. Le Rapporteur spécial fait observer que cela est vrai aussi pour le projet de directive 2.1.3 (Compétence pour formuler une réserve au plan international), pour lequel il a proposé deux versions, qui diffèrent dans la forme seulement et non dans le fond et dont la plus longue a recueilli la faveur de la majorité des membres de la Commission : il appartiendra au Comité de rédaction d'opérer un choix entre les deux.

35. Enfin, le septième rapport contient également un texte nouveau, qui doit être, lui, débattu en plénière : il s'agit du projet de directive 2.1.7 *bis* intitulé « Cas de réserves manifestement illicites ». Le Rapporteur spécial explique que ce projet s'inscrit dans le droit fil des projets de directives 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) et 2.1.7 (Fonctions du dépositaire), lesquels reprennent l'idée de « dépositaire boîte aux lettres » qui inspire les articles 77 et 78 de la Convention de Vienne de 1969, ou encore les articles 78 et 79 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales (ci-après dénommée « Convention de Vienne de 1986 »). Le Rapporteur spécial indique que cette idée a recueilli dans son ensemble l'appui de la Commission à la session précédente, mais que M. Gaja et d'autres membres ont considéré que, si une réserve est interdite par le traité, le dépositaire devrait avoir la possibilité de la rejeter. Il avoue n'avoir pas été immédiatement convaincu par cet argument, ne serait-ce que parce que la notion de « réserve interdite » n'est pas toujours facile à cerner, encore que, dans la pratique, certains dépositaires n'hésitent pas à refuser des réserves manifestement illicites. Il est donc apparu qu'avant d'adopter un projet de directive dans ce sens, le mieux était sans doute de demander l'avis des États sur la question de savoir « s'il appartient au dépositaire de refuser de communiquer aux États et organisations internationales intéressés une réserve manifestement illicite, notamment lorsqu'elle est interdite par une disposition du traité »[11]. Les réponses données à la Sixième Commission, sans être vraiment probantes, ne sont pas hostiles à l'idée d'élargir les fonctions du dépositaire. Aussi le Rapporteur spécial propose-t-il une voie moyenne, consistant à admettre non pas que le dépositaire peut rejeter purement et simplement une réserve illicite, mais qu'il peut attirer l'attention de son auteur sur une illicéité qui lui semble manifeste. Au cas où l'État réservataire s'obstinerait et maintiendrait sa réserve, le dépositaire la transmettrait, avec le texte de l'échange de vues qui a eu lieu.

36. L'inclusion de ce nouveau projet de directive présente un avantage en ce sens que, sans confiner le dépositaire dans un rôle de boîte aux lettres et sans en faire pour autant le gardien du traité, il lui sera donné la possibilité de réagir négativement, de faire valoir un point de vue face à une réserve qu'il estime manifestement illicite. D'ailleurs, cette pratique semble être discrètement suivie par des dépositaires institutionnels comme l'ONU, l'Organisation des États américains ou encore le Conseil de l'Europe. L'inconvénient est qu'il est difficile d'apprécier ce qui est « manifestement illicite » : il est possible de dire qu'une réserve interdite au sens des alinéas *a* et *b* de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 est « manifestement illicite », mais il n'est pas toujours évident de déterminer quand une réserve est interdite, ou *a contrario* permise. On pourrait ajouter à cela que le projet de directive 2.1.7 *bis* n'est pas conforme à la tendance, qui s'est manifestée de plus en plus nettement lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969, à faire du dépositaire une simple courroie de transmission. Le Rapporteur spécial n'a pas d'idée bien arrêtée sur ce point, encore qu'il penche plutôt pour le renvoi de ce projet de directive au Comité de rédaction, qui pourra toujours en améliorer la forme. Somme toute, cette disposition ne laisse pas le dernier mot au dépositaire; elle ne lui donne pas la possibilité de prendre une décision *erga omnes* et lui confie simplement une fonction d'alerte utile, ce qui cadre assez bien avec l'idée générale de « dialogue réservataire », notion féconde et utile.

37. Le Rapporteur spécial invite dans l'immédiat les membres de la Commission à indiquer s'ils souhaitent renvoyer le projet de directive 2.1.7 *bis* au Comité de rédaction, pour lui permettre, en toute logique, de l'étudier en même temps que les projets de directives 2.1.6 et 2.1.7 dont il est saisi. C'est dans cet esprit que le Rapporteur spécial remet à plus tard la présentation de la section C de l'introduction de son septième rapport intitulée « Les développements récents en matière de réserves aux traités ».

38. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que, dans son septième rapport, le Rapporteur spécial ouvre de nouvelles pistes intéressantes à propos de la modification et de la licéité des réserves aux traités et de questions que le Rapporteur spécial a qualifiées, à juste titre, de délicates, relatives aux effets des réserves. Il est entièrement d'accord avec le Rapporteur spécial sur trois points. En premier lieu, il approuve l'idée qu'il ne faut pas revenir

[10] *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/518 et Add.1 à 3.

[11] Ibid., vol. II (2e partie), par. 25, p. 18.

sur les règles de Vienne. En deuxième lieu, il souscrit à l'opinion selon laquelle il ne faut pas perdre de temps à établir une distinction entre réserves et déclarations interprétatives conditionnelles mais plutôt s'efforcer de définir un régime commun. En troisième lieu, et c'est là un point essentiel, il se range entièrement à l'avis du Rapporteur spécial concernant l'intégration du projet de directive 2.1.7 *bis* dans le Guide de la pratique. Cela étant, il souligne l'importance d'une question fondamentale, que le Rapporteur spécial lui-même a eu la présence d'esprit de poser, c'est-à-dire ce qu'est une réserve illicite. Par exemple, est-ce une réserve interdite ? Quant au terme « manifestement », si la nature illicite de la réserve est évidente, il n'y a aucun dilemme pour le dépositaire.

39. Le projet de directive 2.1.7 *bis* concilie, d'une part, le souci de la souplesse nécessaire dans la gestion du dialogue réservataire et, d'autre part, l'impératif de sauvegarder à la fois l'universalité du cercle des parties au traité et celle des dispositions du traité. En conséquence, M. Pambou-Tchivounda estime qu'il devrait être renvoyé au Comité de rédaction.

40. M. TOMKA attire l'attention des membres anglophones de la Commission sur un problème d'ordre technique qui risque de compliquer leur travail. En effet, dans la version anglaise du rapport du Rapporteur spécial, où figure l'ensemble des projets de directive adoptés en première lecture par la Commission ou proposés par le Rapporteur spécial, certains projets figurent en italiques, contrairement à la version française, ce qui donne à penser qu'ils n'ont pas été adoptés par la Commission, mais il s'agit d'une erreur typographique. Les projets en question sont les suivants : 2.2.1, 2.2.2, 2.2.3, 2.3.1, 2.3.2, 2.3.3, 2.3.4, 2.4.3, 2.4.4, 2.4.5, 2.4.6 et 2.4.7, et M. Tomka rappelle qu'ils ont bien été adoptés par la Commission en première lecture.

41. Le PRÉSIDENT remercie M. Tomka pour cette rectification, importante pour les travaux en cours.

42. M. KAMTO, centrant exclusivement son intervention sur le projet de directive 2.1.7 *bis*, conformément au souhait du Rapporteur spécial, dit qu'à première vue ce projet est séduisant mais qu'il soulève des problèmes juridiques et surtout des difficultés d'ordre pratique. Sur le plan juridique, il introduit le dépositaire dans le dialogue réservataire puisque celui-ci ne se contente plus de prendre acte de la réserve mais l'apprécie. Il n'y a donc plus seulement un dialogue entre deux États. Cela rappelle à M. Kamto le paragraphe 3 de l'article 36 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États instituant le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), selon lequel le Secrétaire général du CIRDI peut refuser d'enregistrer une demande d'arbitrage si celle-ci se situe manifestement en dehors du champ de compétence du CIRDI. Il note que l'on retrouve le terme « manifestement ». La pratique montre que l'interprétation de cette disposition s'est faite de façon très restrictive et qu'en fait le Secrétaire général du CIRDI laisse au tribunal le soin d'apprécier la pertinence d'une demande d'arbitrage. Dans le cas des réserves illicites, on se trouve dans une situation comparable et M. Tomka y voit une difficulté. Si on laisse au dépositaire le soin d'apprécier la licéité d'une réserve, il assume en partie un rôle dévolu aux États. Sur le plan pratique, le projet de directive 2.1.7 *bis* et, en particulier, le paragraphe 2, soulève également un problème. En effet, il prévoit que, si l'auteur d'une réserve jugée manifestement illicite par le dépositaire maintient celle-ci, le dépositaire doit communiquer aux États le texte de l'échange de vues qu'il a eu avec l'auteur de la réserve. Le texte ne dit pas à quelle fin : les États doivent-ils réagir ? Dans l'affirmative, dans quel délai ? Il s'agit là de questions essentielles qui ne sont pas résolues. Aussi intéressant que soit le projet de directive, en introduisant ces éléments nouveaux, il risque de ralentir le dialogue réservataire.

43. En conclusion, M. Kamto estime que le projet de directive 2.1.7 *bis* soulève plus de problèmes qu'il n'en résout, tant sur le plan juridique que sur le plan pratique, et il est perplexe, pour ne pas dire réservé, à propos de son renvoi au Comité de rédaction. Il pense que la Commission devrait auparavant l'examiner de manière plus approfondie en plénière.

44. M. DAOUDI remercie le Rapporteur spécial pour son introduction très utile à un sujet effectivement difficile. En ce qui concerne le projet de directive 2.1.7 *bis*, il représente, comme l'a expliqué le Rapporteur spécial, un compromis entre deux tendances, l'une étant de considérer le dépositaire comme une simple « boîte à lettres » et l'autre de lui conférer un certain pouvoir d'appréciation, tendances d'ailleurs toutes deux manifestées au sein de la Commission. M. Daoudi se demande si ce pouvoir d'appréciation peut être confié à tous les dépositaires. Il serait souhaitable d'y réfléchir davantage. Pour ce qui est de la formulation du projet, l'expression « manifestement illicite » peut en effet donner lieu à des interprétations très différentes.

45. M. Daoudi est d'accord pour donner au dépositaire un rôle, ce qui correspond à la pratique existante. Il fait simplement observer que, lors des débats à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, plusieurs représentants ont semblé préférer limiter ce rôle à celui d'une « boîte à lettres ».

46. M. GAJA dit qu'il a beaucoup apprécié le fait que le Rapporteur spécial ait proposé un projet de directive supplémentaire à la suite des discussions qui ont eu lieu à la Commission à la session précédente et des débats qui s'en sont ensuivis à la Sixième Commission. Eu égard à la variété des points de vue exprimés par les membres de la Commission et par les délégations, le Rapporteur spécial envisage pour le dépositaire un rôle important. Même si cela n'est pas dit explicitement, il ressort du projet de directive 2.1.7 *bis* que le dépositaire ne peut pas empêcher le dépôt d'une réserve, mais uniquement émettre une objection; si l'État réservataire insiste, la réserve doit être communiquée aux autres États contractants. Un tel dispositif permet d'alerter ces derniers États sur la licéité d'une réserve. La pratique des États dans ce type de situation est souvent négligente puisqu'ils se contentent de stipuler dans un traité qu'aucune réserve n'est autorisée mais ne prennent aucune mesure dans le cas où un État souhaite tout de même en émettre une. Les motifs en sont parfois politiques : on considère généralement que le fait d'objecter contre la réserve émise par un autre État n'est pas un acte amical. Il serait donc judicieux de donner au dépositaire le rôle envisagé dans la directive.

47. Néanmoins, il est vrai qu'il peut y avoir certaines difficultés, en particulier lorsqu'il s'agit de déterminer si la réserve est compatible avec l'objet et le but du traité. On aurait donc pu envisager une autre solution consistant à donner au dépositaire le pouvoir d'intervenir lorsque la réserve est interdite mais pas en cas de problème de compatibilité. M. Gaja estime toutefois que le projet de directive 2.1.7 *bis* est équilibré et mérite d'être renvoyé au Comité de rédaction. Parmi les avantages qu'il présente, il y a le fait que l'État réservataire, sachant que l'échange de vues avec le dépositaire sera communiqué aux autres États contractants, pourrait reconsidérer sa réserve. Il est utile de restreindre une pratique assez répandue selon laquelle même une réserve non conforme à l'objet et au but du traité peut être formulée, contrairement aux dispositions figurant au paragraphe *c* de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

48. Par ailleurs, M. Gaja rappelle que, lors des débats qui ont eu lieu à la session précédente, quelques membres avaient exprimé leur intérêt pour un texte mentionnant l'obligation du dépositaire de communiquer les déclarations interprétatives, quel que soit le moment auquel elles auraient été faites. Il espère que cette suggestion pourra être examinée par le Comité de rédaction, même si aucun projet de directive supplémentaire n'a été proposé.

La séance est levée à 13 heures.

2720e SÉANCE

Mercredi 15 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, , M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

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

[Point 2 de l'ordre du jour]

1. M. GAJA, Président du Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales, annonce que le Groupe de travail sera composé comme suit : M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Daoudi, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Kamto, M. Kateka, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada et M. Kuznetsov (membre de droit).

Les réserves aux traités[1] *(suite)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

2. M. Sreenivasa RAO félicite le Rapporteur spécial de son septième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/526 et Add.1 à 3), qui résume utilement l'évolution de la question, et de son projet de guide de la pratique, qui a été salué par les juristes du monde entier.

3. La fonction de dépositaire (projet de directive 2.1.7 *bis*) est une question importante à laquelle beaucoup d'attention est accordée. On admet généralement que le dépositaire a des fonctions de communication et de coordination, notamment en ce qui concerne les éventuelles interprétations, déclarations ou réserves des États. Le dépositaire donne aussi aux États des indications s'agissant d'expliquer leurs positions sur une base informelle. Il s'agit de faire en sorte que le traité soit correctement appliqué par les États et qu'il reflète réellement leurs positions. Des problèmes se sont posés par le passé et continueront de se poser à l'avenir si l'on demande au dépositaire de se prononcer sur la position d'un État, directement ou indirectement, expressément ou tacitement. Les États sont opposés à une telle fonction. En une occasion, le Gouvernement indien a reproché à un dépositaire d'avoir déclaré que des réserves faites par l'Inde étaient contraires à l'objet et au but d'un traité et, comme telles, invalides. La question a été portée devant l'Assemblée générale, qui a estimé que le dépositaire n'avait pas de fonction de jugement.

4. Dire qu'une réserve est manifestement illicite implique déjà un jugement. Si quelque chose est clairement prohibé, il n'y a là rien de manifeste : ça n'est tout simplement pas permis. Par exemple, si l'Inde déclare qu'elle réserve sa position sur les dispositions d'une convention concernant le règlement des différends et soumet sa position au dépositaire, ce dernier peut seulement dire que cela n'est pas permis, et l'affaire est close. Si, d'autre part, un État présente un document dont il déclare que ça n'est pas une réserve, alors que de l'avis du dépositaire c'en est bien une, que doit faire le dépositaire ? C'est là qu'intervient le terme « manifestement ». Dans un tel cas, le dépositaire a le droit, dans un cadre informel, de communiquer ses vues par écrit ou oralement sur la manière dont un État utilise une déclaration particulière. Il est arrivé à M. Sreenivasa Rao d'avoir de tels dialogues avec des dépositaires, et un

* Reprise des débats de la 2717e séance.

[1] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

accord a pu être conclu. Telle quelle, la proposition n'aide ni le dépositaire ni l'État concerné. Le dépositaire ne peut être placé dans une position de conflit avec les États. Une position différente peut avoir été prise au moment de la formulation d'un principe particulier, et une ambigüité avoir été ménagée dans le traité, qui autorise certaines formulations de part et d'autre. Dans de telles situations, la convention de Vienne de 1969 fournit les indications requises. Il faut espérer qu'une pratique plus homogène et plus harmonieuse se développera, et comme les États sont divisés et ne sont pas bien coordonnés, certaines ambiguïtés et l'absence d'intérêts communs sont inévitables. Ce problème ne peut être réglé par une fiction juridique consistant à conférer aux dépositaires des fonctions qu'ils ne devraient pas avoir. Pour M. Sreenivasa Rao, lorsqu'une réserve n'est pas admissible, le dépositaire a le droit de la rejeter. Mais la question peut être débattue, et M. Sreenivasa Rao ne peut approuver l'utilisation des termes « manifestement illicite »; c'est une question qui doit être laissée aux États.

5. M. COMISSÁRIO AFONSO dit que la directive 2.1.7 *bis* devrait être renvoyée au Comité de rédaction, mais que l'utilisation du mot « manifestement » l'inquiète. Dans son avis consultatif en l'affaire des *Réserves à la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la CIJ a utilisé le terme dans un contexte différent, s'agissant de la nature de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide. Mais, surtout, le mot « illicite » le préoccupe, car il renvoie à un critère de licéité. Il est difficile au dépositaire de répondre à cette question. En fait, les mots « licéité » et « illicéité » s'entendent de la compatibilité ou de l'incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'une convention, et ceci signifie que l'on interprète la convention; ce n'est pas une fonction qui peut être laissée au dépositaire. Bien entendu, la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer indique clairement que dans certains domaines les réserves ne sont pas admises. De même, le Statut de Rome de la Cour pénale internationale n'admet pas les réserves. Dans un tel cas, il est clair que le dépositaire peut dire si une réserve est licite ou non. En fait, c'est l'illicéité d'une réserve qui est en cause, bien que le mot ne figure pas dans la Convention de Vienne de 1969.

6. La Commission pourrait renvoyer la directive 2.1.7 *bis* au Comité de rédaction afin qu'il la remanie pour la rendre plus acceptable. Il y a deux possibilités : l'une consisterait à donner au dépositaire des indications quant à la manière de réagir à une réserve manifestement illicite, l'autre à utiliser le mot « inadmissible », mais dans ce cas M. Comissário Afonso ne pense pas qu'un problème de licéité ou d'illicéité se pose.

7. Mme ESCARAMEIA dit que la question n'a pas été posée de manière suffisamment claire à la Sixième Commission (par. 44 du rapport), parce que deux problèmes étaient envisagés simultanément : celui de savoir si une réserve était manifestement illicite, et celui de savoir si elle était interdite par une disposition du traité. Si la question avait été posée différemment, la réponse aurait peut-être été plus claire. La plupart des États comprennent en effet que, si un traité interdit clairement une réserve et qu'une telle réserve est faite, le dépositaire peut simplement refuser de l'accepter. Mais la Sixième Commission a eu l'impression que le dépositaire aurait un rôle beaucoup plus large, et sa réponse est pour cette raison quelque peu ambiguë. L'argument avancé par certaines délégations à la Sixième Commission selon lequel la Convention de Vienne de 1969 n'allait pas dans ce sens n'est pas convaincant parce que le paragraphe 1 de l'article 17, définissant les fonctions du dépositaire, utilise le terme « en particulier », ce qui n'exclut pas d'autres fonctions, et le paragraphe 2 du même article envisage même une telle possibilité. Ainsi, le rôle du dépositaire maintenant proposé par le Rapporteur spécial serait conforme à la Convention ainsi qu'à la pratique dans le domaine des traités relatifs aux droits de l'homme.

8. Mme Escarameia propose de renvoyer un texte différent à la Commission, en ajoutant un paragraphe prévoyant que, lorsqu'un traité n'autorise pas les réserves ou lorsqu'une réserve est expressément interdite, le dépositaire peut la refuser. Cette disposition s'appliquerait dans les cas incontestables, par exemple lorsqu'aux termes d'un traité ses dispositions ne peuvent s'appliquer seulement à des parties d'un pays et qu'un État ferait une réserve pour ne l'appliquer qu'à une partie du pays. La directive 2.1.7 *bis* concernerait alors les réserves manifestement illicites, mais non les réserves incontestables, et il pourrait être envoyé au Comité de rédaction. Quant au paragraphe 2, il faut prévoir un délai. On voit mal quand les États peuvent faire des objections aux réserves. Bien entendu, ils ne peuvent le faire qu'une fois que le dépositaire leur a communiqué les réserves, c'est-à-dire parfois à l'issue d'une longue procédure. La Commission devrait indiquer à partir de quel moment une réserve est considérée comme ayant été formulée.

9. M. SIMMA dit qu'il lui apparaît, à la lecture des paragraphes 44 à 46 du rapport, que la Commission a posé une question à la Sixième Commission, que celle-ci a répondu, et qu'en fonction de cette réponse le Rapporteur spécial a proposé la directive 2.1.7 *bis*. La question posée à la Sixième Commission ne peut pas être transformée telle quelle en directive. L'idée qui sous-tendait la question visée au paragraphe 44 aurait fait trop violence au principe selon lequel, en dernière analyse, c'est aux autres États parties à un traité multilatéral qu'il appartient d'apprécier la licéité d'une réserve. Là encore, un problème peut se poser si le dépositaire ne communique pas la réserve aux autres États parties, ce qui peut avoir l'effet contraire de celui qui est visé par la proposition, parce qu'une réserve a été formulée, et qu'elle risque de subsister si rien d'autre n'est fait.

10. M. Simma appuie vigoureusement le projet de directive 2.1.7 *bis*. Le dialogue sur les réserves est souvent un dialogue de sourds : dans la plupart des cas, les États ne réagissent pas et, s'ils le font, c'est de telle manière que certaines questions restent sans réponse. Par exemple, il est rare qu'un État indique les conséquences qu'il attache au fait qu'un autre État a fait une réserve illicite. La proposition ajoute une voix forte et responsable au dialogue en question. Le mot « responsable » doit être souligné, parce qu'un dépositaire ne dira pas à un État qui fait une réserve qu'à son avis cette réserve est illicite. Cela ne serait pas pris à la légère. M. Simma pense avec le Rapporteur spécial que le mot « manifeste » est presque aussi ambigu que « raisonnable ». Peut-être le paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne, qui contient une définition d'une violation manifeste, pourrait-il four-

nir des indications pour déterminer quand une réserve est manifestement illicite.

11. La nouvelle directive pourrait être utile dans les cas visés à l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, c'est-à-dire lorsque, de l'avis du dépositaire, la réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité. Ne laisser cette possibilité au dépositaire que dans les cas visés aux alinéas *a* et *b* de l'article 19 ôterait trop de son sens à la proposition et en limiterait indûment l'effet. Grâce à la directive 2.1.7 *bis*, le dépositaire pourrait prendre l'initiative et donner des indications aux États parties quant à la manière de réagir à la réserve faite par un autre État, et le dépositaire serait ainsi le gardien de la communauté d'intérêts que représentent les traités multilatéraux dans le cadre desquels une réserve faite par un État n'affecte pas automatiquement et immédiatement les avantages que les autres États tirent de l'instrument.

12. Un autre problème peut être celui de savoir ce que l'on peut faire si le dépositaire est indulgent dans l'exercice de la fonction que lui confère la directive 2.1.7 *bis*. Si le dépositaire n'a pas fait une déclaration préalable, les États parties peuvent être réticents à dire qu'ils considèrent unilatéralement une réserve comme illicite. Un autre problème peut se poser s'il y a une divergence d'opinion entre un dépositaire qui peut n'avoir pas fait la déclaration prévue par la directive 2.1.7 *bis* et, ultérieurement, un organe chargé de surveiller l'application du traité qui s'est saisi de la question et est arrivé à un résultat opposé. Mais ces deux problèmes existent déjà. C'est pour cette raison que M. Simma pense que la directive 2.1.7 *bis* devrait être renvoyée au Comité de rédaction.

13. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, exprime son accord avec M. Simma.

14. M. MOMTAZ déclare que la directive 2.1.7 *bis* présente un certain nombre d'avantages indéniables. Elle règle en un mot les difficultés que les réserves manifestement illicites soulèvent dans les relations internationales, en particulier les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme manifestement illicites. De plus, la publicité donnée au débat juridique entre le dépositaire et l'État faisant la réserve aurait un effet dissuasif : à tout le moins, elle peut amener d'autres États se préparant à ratifier un instrument à y regarder à deux fois avant de faire la même réserve manifestement illicite. Il est à craindre que les États ne soient pas prêts à engager un débat public qui mettrait en lumière la faiblesse des arguments qu'ils avancent à l'appui d'une réserve manifestement illicite et qu'ils refuseraient de ratifier le traité en question. Dans de tels cas, la discrétion et l'absence de publicité pourraient s'avérer plus constructives. Le Rapporteur spécial a lui-même reconnu que les chefs de secrétariat et autres fonctionnaires des organisations internationales qui exercent la fonction de dépositaire se contentent généralement de lancer discrètement des appels aux États dont les réserves sont manifestement illicites. Il serait intéressant de savoir dans quelle mesure ces appels ont été entendus : M. Momtaz est convaincu qu'ils sont plus efficaces que la publicité, qui risque d'entraîner un durcissement de la position de l'État réservataire. Il est à cet égard d'accord avec M. Simma : il risque d'en résulter un dialogue de sourds.

15. Les États dépositaires qui veulent être plus qu'une simple « boîte aux lettres » ont toujours préféré réagir avec discrétion aux réserves manifestement illicites; les injonctions émanant de secrétaires généraux d'organisations internationales peuvent elles aussi ne pas être les bienvenues. À cet égard, on a évoqué une dénonciation au début des années 70 de la Convention sur la pêche et la conservation des ressources biologiques de la haute mer signée en 1958; cette convention ne contient pas de disposition relative à la dénonciation et le désir du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, en sa qualité de dépositaire, d'être plus qu'une simple voie de transmission des réserves a été rejeté par la majorité des États.

16. Pour ces raisons, il pourrait être préférable de supprimer la deuxième phrase de la directive 2.1.7 *bis*.

17. M. KUZNETSOV dit que le paragraphe 2 de la directive est inacceptable; dans tout dialogue, les observations de chaque partie reflètent les vues précédemment exprimées par l'autre partie. Quoi qu'il en soit, il serait inapproprié que le dépositaire communique les vues de l'État réservataire aux autres parties contractantes. Certes, la Commission fait œuvre de développement progressif, et pas seulement de codification du droit international, mais il faut en l'espèce être particulièrement prudent.

18. Mme XUE dit que, d'une manière générale, elle convient que le Rapporteur spécial a adopté une approche prudente et équilibrée en ce qui concerne la directive 2.1.7 *bis*. Toutefois, cette directive reflète les travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969. Le projet de cet instrument que la Commission a adopté en seconde lecture à sa dix-huitième session disposait que le dépositaire avait notamment pour fonctions d'« examiner si une signature, un instrument ou une réserve sont conformes aux dispositions du traité et des présents articles »[3]. À l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de l'instrument finalement adopté, ces mots avaient été remplacés par : « [e]xaminer si une signature, un instrument, une notification ou une communication se rapportant au traité est en bonne et due forme ».

19. Pour des raisons juridiques et politiques évidentes, les États tendent à donner au dépositaire un rôle limité et purement procédural, comme le montre le résumé thématique du débat tenu par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-sixième session (A/CN.4/521, par. 60 à 67). Les vues des États Membres ne lient pas la Commission, mais la pratique des États est d'une importance fondamentale en ce qui concerne le sujet à l'examen.

20. Par exemple, le terme « illicite » risque de donner lieu à des différends entre États. Bien que modifié par le mot « manifestement », il risque de donner aux dépositaires la possibilité d'examiner tant les aspects de fond que les aspects de forme des réserves. Il serait particulièrement inopportun que les dépositaires se prononcent sur les aspects juridiques des déclarations interprétatives, dont certaines peuvent être qualifiées de réserves. Et, comme l'a fait observer M. Sreenivasa Rao, les organisations internationales dépositaires ne doivent pas formuler

[3] *Annuaire... 1966*, vol. II, doc. A/6309/Rev.1, par. 164, p. 202 (art. 72, par. 1, al. *d*).

de tels jugements. De plus, la déclaration d'un dépositaire selon laquelle une réserve est quant au fond illicite risque de créer un différend avec l'État réservataire, ce qui risque par contrecoup de retarder la notification en temps voulu de la réserve aux autres États signataires.

21. À la différence de M. Simma, Mme Xue pense qu'il n'est pas judicieux de faire du dépositaire le gardien de la communauté internationale. Les États peuvent avoir de bonnes raisons de faire des réserves « manifestement illicites » du point du vue du dépositaire, mais ils ne devraient pas être tenus d'en justifier le contenu au dépositaire. Même dans le cas d'une réserve qui est manifestement en contradiction avec la pratique générale, les travaux préparatoires du traité en cause peuvent fournir une explication claire acceptable pour les autres États contractants. De surcroît, un dépositaire qui ne connaît pas les intentions des parties doit s'abstenir de faire des commentaires sur le résultat de leurs négociations.

22. Par exemple, le Gouvernement du pays de Mme Xue, la Chine, et le Gouvernement du Royaume-Uni sont convenus que la plupart des traités appliqués à Hong Kong, même ceux auxquels la Chine n'était pas partie, demeureraient en vigueur après la restitution de Hong Kong à la Chine en 1997. Un tel accord est contraire à la pratique conventionnelle générale, mais les deux gouvernements n'entendaient pas ouvrir un débat sur sa licéité avec les dépositaires; ils espéraient simplement que tous les autres États parties aux instruments en question recevraient rapidement une notification et, en fait, les dépositaires n'ont soulevé aucune objection. De plus, Mme Xue pense avec M. Momtaz que tout échange de vues entre le dépositaire et l'État réservataire ne doit pas être rendu public; si l'illicéité d'une réserve est en fait manifeste, les autres parties contractantes ne manqueront pas de la remarquer.

23. Ainsi, Mme Xue ne pense pas que la directive 2.1.7 *bis* soit en état d'être renvoyée au Comité de rédaction. La Rapporteur spécial devrait réfléchir davantage sur les vues de la Commission. L'objectif consistant à renforcer le rôle du dépositaire et le système conventionnel est bon dans son principe, mais il faut se souvenir que ce sont les États qui sont les « acteurs » dans l'exécution de leurs obligations conventionnelles internationales.

24. M. TOMKA dit que les observations de Mme Xue sur la situation de Hong Kong doivent être vues dans le contexte de la succession d'États et envisagées au titre de la section V du plan provisoire de l'étude figurant dans le deuxième rapport du Rapporteur spécial. Il espère que la Commission pourra achever ses travaux sur le sujet des réserves aux traités d'ici la fin du quinquennat en cours.

25. Le mot « illicites » utilisé dans le texte français de la directive 2.1.7 *bis* ne correspond pas totalement au mot anglais « *impermissible* ». Une réserve constitue un acte; qualifier un tel acte d'« illicite » (*unlawful*) engage la responsabilité internationale des États, ce qui n'est sûrement pas l'intention du Rapporteur spécial. Le texte français du projet devrait être amendé en conséquence.

26. Un dépositaire qui considère une réserve comme illicite engage généralement un dialogue avec l'État réservataire; dans d'autres cas, une délégation d'États parties peut s'en charger. Par exemple, deux fois par an, le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CADHI) du Conseil de l'Europe échange des informations sur les réserves auxquelles des États membres ont formulé des objections ou prévoient de le faire. Toutefois, pour des raisons politiques ou autres, de telles pratiques n'amènent généralement pas les autres États à faire des objections similaires aux réserves en question.

27. M. Tomka n'est pas sûr que le dépositaire devrait être chargé d'examiner si une réserve est compatible avec l'objet et le but du traité. Cela reviendrait à s'écarter de manière excessive des intentions des auteurs de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969, qui autorise des dépositaires à examiner les questions de forme et non les questions de fond. D'autre part, lorsqu'au premier abord certains types de réserves sont interdites, il pourrait être opportun que le dépositaire porte le problème à l'attention de l'État réservataire et, si ce dernier insiste pour faire la réserve, en informe les autres États parties, notamment en leur communiquant les éventuels échanges de vues écrits, mais non verbaux, sur la question.

28. M. Tomka serait d'accord pour que le paragraphe soit renvoyé au Comité de rédaction à condition qu'il soit modifié pour tenir compte de ces observations.

29. M. KOSKENNIEMI dit que l'opposition à la directive 2.1.7 *bis* est surprenante, car celle-ci représente un compromis qui reflète des débats antérieurs à la Commission et à la Sixième Commission. Comme d'autres membres, il est soucieux de garantir la neutralité du dépositaire, mais neutralité ne veut pas dire passivité, car faire du dépositaire une simple « boîte aux lettres » encouragerait les réserves portant atteinte au traité dans son ensemble et risquerait d'introduire des erreurs dans le système. En raison de leur neutralité même, dans certaines situations, il incombe aux dépositaires d'agir.

30. Par exemple, les auteurs de réserves manifestement illicites à un traité auquel toutes les réserves ou certaines d'entre elles sont interdites doivent avoir la possibilité de corriger leur erreur. Une notification ne mène pas nécessairement à une controverse entre le dépositaire et l'État réservataire. Il ne faut pas nécessairement voir toute notification en termes d'opposition. Ainsi, le propre pays de M. Koskenniemi, la Finlande, a délégué les responsabilités pour les questions relatives aux traités à divers ministères; en conséquence, les compétences techniques que requiert le jeu subtil des réserves ne sont pas toujours disponibles et le Ministère des affaires étrangères sera reconnaissant d'être informé qu'une réserve illicite a été faite.

31. De plus, si les dépositaires se limitent à enregistrer passivement toutes les réserves qu'ils reçoivent, il ne peut y avoir de dialogue entre les États puisque les gouvernements ne peuvent formuler d'objections à des réserves qu'ils ne connaissent pas. À cet égard, cela n'est pas contraire au jeu des réserves entre États. Au contraire, cela rend le jeu possible. Enfin, les dépositaires ont déjà, en vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969, le pouvoir de procéder à des jugements de valeur, car l'appréciation de ce qui constitue la « bonne et due forme » est nécessairement subjective. En outre, le dépositaire devra de toute façon interpréter le Guide de la pratique. La forme et le contenu

sont après tout liés, et comme l'a fait observer M. Sreenivasa Rao, le rôle du dépositaire n'est pas celui d'un juge, mais plutôt celui d'un participant intelligent et responsable. M. Koskenniemi pense que la directive 2.1.7 *bis* devrait être renvoyée au Comité de rédaction.

32. M. ADDO dit que la directive 2.1.7 *bis* est particulièrement bienvenue. Le privilège de faire des réserves est un accessoire de la souveraineté et de l'égalité des États. Le dépositaire ne doit pas néanmoins être considéré comme un simple instrument de transmission de documents. En vertu de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969, le dépositaire a notamment pour fonction d'« examiner si une signature, un instrument, une notification ou une communication se rapportant au traité est en bonne et due forme et, le cas échéant, [de] porter la question à l'attention de l'État en cause ». Ainsi, lorsqu'un traité interdit les réserves, les fonctions du dépositaire consisteront entre autres à appeler l'attention de l'auteur de la réserve sur son illicéité et, si cet auteur la maintient, d'en communiquer le texte aux États signataires, aux États contractants et aux organisations internationales. Cela pourrait persuader l'auteur d'abandonner sa réserve. M. Addo se joint donc à ceux qui souhaitent que la directive 2.1.7 *bis* soit renvoyée au Comité de rédaction.

33. M. FOMBA dit que les réserves manifestement illicites soulèvent un certain nombre de questions, comme celle de la définition d'une réserve « manifestement illicite », de savoir qui doit la définir et quelles doivent en être les conséquences. L'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, qui interdit à un État de formuler une réserve dans trois circonstances précises, pourrait servir de base à une telle définition. Dans ces trois circonstances, toutefois, des problèmes d'interprétation risquent de se poser lorsque le libellé du traité en cause n'est pas clair. M. Kamto et M. Gaja ont évoqué d'autres difficultés juridiques et pratiques. On a notamment fait valoir, en faveur d'un rôle plus actif du dépositaire, qu'il semble logique de reconnaître au dépositaire le droit de ne pas communiquer une réserve qu'il juge manifestement illicite. Toutefois, ceci présuppose premièrement que les États soient prêts à accorder ce droit au dépositaire et deuxièmement que le dépositaire soit en mesure de définir systématiquement et incontestablement ce qui constitue une réserve manifestement illicite. Aucune de ces hypothèses ne peut néanmoins être tenue pour acquise. Il faut aussi se souvenir que le paragraphe 2 de l'article 76 de la Convention souligne le caractère international et impartial des fonctions du dépositaire, et que l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 accorde au dépositaire le droit d'examiner si une communication se rapportant au traité est en bonne et due forme. Ces deux dispositions doivent cependant être interprétées correctement.

34. S'agissant de savoir s'il convient ou non de renvoyer la directive 2.1.7 *bis* au Comité de rédaction, il semble clair que si, comme le Rapporteur spécial le propose, cette directive ne doit pas être examinée quant au fond en plénière à ce stade, alors cette tâche revient au Comité de rédaction. Cette manière de procéder soulève des questions quant aux méthodes de travail de la Commission, qui ont peut-être besoin elles-mêmes d'être codifiées. Si l'on décide de renvoyer le projet de directive 2.1.7 *bis* au Comité de rédaction dans son libellé actuel, le Comité devra se prononcer, en ce qui concerne le paragraphe1, sur la question de la définition et sur celle de savoir si la définition doit ou non être établie par les États, par le dépositaire ou par une tierce partie; pour ce qui est du paragraphe 2, il devra décider de la nature précise de la procédure qui suivra la communication du texte de la réserve, en d'autres termes, décider quelle est l'objectif véritable de l'opération.

35. Étant donné qu'aussi bien le Comité de rédaction que la plénière sont parties intégrantes de la Commission, et qu'il n'y a pas de cloison étanche entre les deux, une certaine souplesse semble souhaitable en ce qui concerne les méthodes de travail. La directive 2.1.7 *bis* devrait donc être renvoyée au Comité de rédaction pour examen, étant entendu qu'il appartiendra à la Commission plénière d'accepter ou de rejeter les conclusions auxquelles il parviendra.

36. M. GALICKI dit que le septième rapport sur les réserves aux traités contient un résumé très utile des travaux de la Commission sur le sujet et brosse un tableau clair de la marche à suivre à l'avenir. Les documents sont ainsi utiles non seulement pour les nouveaux membres mais aussi pour les « anciens », car ils leur permettent d'adopter une approche plus systématique du sujet.

37. Le projet de directive 2.1.7 *bis* a été élaboré sur la base des vues exprimées par les États à la Sixième Commission et des réponses qu'ils ont données à la Commission sur la question de savoir si un dépositaire pouvait ou devait refuser de communiquer aux États et aux organisations internationales concernées une réserve manifestement illicite, notamment lorsqu'elle est interdite par une disposition du traité. La directive adopte une position médiane entre les opinions extrêmes exprimées par les États : par exemple, elle rejette la position tendant à donner au dépositaire le droit de rejeter les réserves manifestement interdites en informant l'État concerné de la raison de ce rejet.

38. La directive proposée est défendable et c'est son principal avantage. Elle demeure dans les limites des fonctions des dépositaires décrites dans la directive 2.1.7 et en particulier telles qu'établies à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969 et à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 78 de la Convention de Vienne de 1986.

39. Lorsque l'on envisage la possibilité d'élargir les fonctions des dépositaires s'agissant des réserves manifestement illicites, il faut avoir deux choses à l'esprit. Premièrement, toute directive dans ce domaine doit demeurer conforme aux règles de Vienne, car, comme le Rapporteur spécial l'a à juste titre souligné, la Commission n'est pas en train de préparer un nouveau traité mais d'établir un ensemble de directives reposant sur des dispositions conventionnelles existantes. Deuxièmement, étant donné la relation étroite entre les directives 2.1.7 et 2.1.7 *bis*, la Commission ne doit pas oublier l'évolution importante intervenue durant les travaux préparatoires en ce qui concerne la règle énoncée à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969. Comme le Rapporteur spécial l'indique au paragraphe 164 de son

sixième rapport[4], le projet adopté par la Commission en seconde lecture à sa dix-huitième session confiait au dépositaire le soin d'apprécier si une signature, un instrument ou une réserve étaient « conformes aux dispositions du traité et des présents articles »[5], alors que le texte final de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969 utilise l'expression « en bonne et due forme ». La directive 2.1.7 *bis* adopte également cette approche plus limitée. Les rédacteurs de la Convention ont manifesté une tendance à limiter les pouvoirs d'examen du dépositaire à la forme des réserves, et cette démarche ne doit pas être maintenant remise en cause.

40. Le Rapporteur spécial a fait preuve de la même prudence en formulant la directive 2.1.7 *bis*. Bien que l'illicéité manifeste dépasse les aspects strictement formels des réserves, les pouvoirs proposés pour le dépositaire sont exclusivement des pouvoirs d'information qui sont en fait analogues à ceux proposés par les dispositions générales de la directive 2.1.7. Le dépositaire conserve son rôle traditionnel de facilitateur au lieu de devenir un arbitre. Le Rapporteur spécial ne fait pas la différence entre les pouvoirs du dépositaire lorsque les réserves sont directement interdites par un traité et lorsqu'elles sont incompatibles avec l'objet et le but du traité : dans les deux cas, ce sont les parties au traité, et non le dépositaire, qui prennent la décision finale de rejeter ou non les réserves. M. Galicki souscrit à cette position.

41. Un facteur additionnel qui n'a pas été encore mentionné milite en faveur d'une approche assez restrictive des compétences des dépositaires. Dans de nombreux cas, les traités ont plus d'un dépositaire. Donner des pouvoirs substantiels à ces dépositaires multiples risquerait de créer de graves problèmes en ce qui concerne les interprétations politiques et l'exercice de ces pouvoirs par les différents gouvernements dépositaires du même traité.

42. Enfin, M. Galicki estime que la directive 2.1.7 *bis* devrait être renvoyée au Comité de rédaction pour être retravaillée, ce qui semble nécessaire du point de vue de la terminologie. Par exemple, le terme « manifestement » signifie-t-il la même chose que le mot « manifeste » utilisé au paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969, où il est défini en rapport avec les violations du droit interne concernant la compétence pour conclure des traités ? Ou doit-on lui donner un autre sens ? Un autre problème se pose en ce qui concerne le mot « illicite », qui n'apparaît nulle part ailleurs dans le projet. Le texte anglais du rapport utilise le terme « inadmissible », qui semble plus approprié. Le problème tient peut-être à la traduction à partir du français. Il semble inévitable que la terminologie utilisée dans le projet de directive 2.1.7 *bis* doive être harmonisée avec celle utilisée dans le reste des directives et dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986, mais cette tâche incombe au Comité de rédaction.

43. M. Sreenivasa RAO dit qu'apparemment il n'a pas indiqué clairement s'il pense que la directive 2.1.7 *bis* doit être envoyée au Comité de rédaction. Ayant entendu d'autres membres s'exprimer sur le sujet, il conserve des doutes au sujet de cette directive. Les fonctions du dépositaire, telles qu'elles sont envisagées dans la Convention de Vienne de 1969 et illustrées par la pratique existante, n'ont jamais été formulées en des termes aussi concrets. Le cas envisagé au paragraphe 1 de cette directive, à savoir celui où un État insiste pour formuler une réserve qui n'est pas acceptable au regard du traité, est extrêmement rare. Ce qui se passe normalement est ce qui est prévu à l'article 298 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer : si un État réserve sa position sur l'une quelconque des dispositions de celle-ci, le dépositaire peut simplement l'informer qu'une telle réserve n'est pas autorisée et devrait être retirée. Si, dans le cadre d'un instrument relatif aux droits de l'homme, un État s'engage à exécuter ses obligations mais assujettit cette exécution à diverses conditions, le dépositaire peut appeler l'attention de cet État sur le fait qu'il s'agit d'une réserve et que l'État doit revoir sa position, et en pratique le dépositaire le fait.

44. L'expression « manifestement illicite » n'est pas claire : vise-t-elle les réserves qui sont totalement interdites ou les déclarations interprétatives et déclarations similaires ? Des États font des déclarations et des déclarations interprétatives lorsque les réserves sont interdites, et c'est au vu du libellé de ces communications que l'on peut apprécier s'il s'agit de réserves ordinaires ou de réserves qui sont illicites. Tel qu'actuellement agencé, le guide de la pratique distingue entre réserves, déclarations interprétatives, déclarations et autres, mais la directive 2.1.7 *bis* tend à faire disparaître ces distinctions.

45. M. Sreenivasa Rao pense avec M. Koskenniemi qu'un dépositaire n'est pas une institution passive mais un esprit juridique qui a une fonction à exercer. Les dépositaires ne doivent pas être à l'abri du mauvais temps de la communauté internationale mais doivent recevoir des indications et des règles raisonnables à appliquer vis-à-vis des États. C'est pourquoi les deux paragraphes de la directive 2.1.7 *bis* doivent être conçus avec soin. M. Sreenivasa Rao ne s'oppose pas à ce que l'on renvoie la directive au Comité de rédaction, mais beaucoup de travail reste à accomplir et il faut distinguer entre les réserves clairement interdites et les déclarations qui peuvent être ou ne pas être des réserves ou des déclarations interprétatives et pour lesquelles des directives différentes sont prévues, et au sujet desquelles il faut indiquer clairement ce que le dépositaire doit faire et ne pas faire.

46. Mme XUE dit qu'elle se sent contrainte de soulever une question de principe : après sa précédente déclaration, M. Tomka a dit que la restitution de Hong Kong était en réalité une question de succession. Tel n'était pas le cas, et cette restitution n'a pas été traitée comme telle durant les négociations. Par conséquent, la question des réserves aux traités n'a pas été envisagée conformément aux règles sur la succession. La pratique actuelle en matière de traités à Hong Kong continue de refléter ces arrangements.

47. M. KAMTO dit qu'il pense que le problème soulevé par la directive 2.1.7 *bis* n'est pas celui de neutralité du dépositaire, mais plutôt celui du rôle qui doit être donné à celui-ci, rôle devant être envisagé à la lumière de la Convention de Vienne de 1969. La Commission doit éviter de faire du dépositaire, administrateur du traité aux termes de l'article 77 de la Convention, un arbitre des relations juridiques entre les États. La directive 2.1.7 *bis* devrait être renvoyée au Comité de rédaction, en la mo-

[4] Voir 2719e séance, note 10.

[5] Voir *supra* note 3.

difiant pour ne pas utiliser l'expression « manifestement illicite » et en y incorporant le texte des alinéas *a* et *b* de l'article 19 de la Convention.

Actes unilatéraux des États (A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2[6], A/CN.4/521, sect. D)

[Point 5 de l'ordre du jour]

Cinquième rapport du Rapporteur spécial

48. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), présentant son cinquième rapport sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/525 et Add.1 et 2), indique que les additifs 1 et 2 à ce rapport n'ont pas encore été publiés mais qu'ils le seront en cours de session. Le cinquième rapport contient quatre chapitres. L'introduction fait l'historique du sujet, examine la pratique internationale, la viabilité du sujet, les difficultés et la teneur du rapport, ainsi que le caractère récapitulatif de son chapitre premier.

49. Le chapitre premier traite de quatre aspects du sujet examinés par la Commission à sa session précédente : la définition des actes unilatéraux, les conditions de leur validité et les causes de leur nullité, les règles d'interprétation applicables aux actes unilatéraux, et la classification de ces actes.

50. Le chapitre II examine trois questions qui pourraient permettre l'élaboration de règles communes applicables à tous les actes unilatéraux quels qu'en soient le contenu et les effets juridiques : les règles relatives aux aspects des actes unilatéraux, l'application de l'acte dans le temps, et son application territoriale.

51. Le chapitre III envisage brièvement la question également importante de la détermination du moment à partir duquel l'acte unilatéral produit ses effets juridiques et portera sur trois questions extrêmement importantes et complexes, à savoir le retrait, la modification et la suspension de l'application de l'acte unilatéral, et son extinction.

52. Enfin, le chapitre IV expose la manière dont est organisé le projet d'articles et le futur plan de travail. La Commission disposera bientôt d'un document présentant les textes examinés jusqu'ici, qui sera examiné par le Comité de rédaction et le Groupe de travail à composition non limitée sur les actes unilatéraux des États à la session en cours.

53. Le Rapporteur spécial dit qu'il entend limiter ses observations à l'introduction du rapport et à la première section du chapitre premier, relative à la définition. Il présentera les autres sujets traités dans le chapitre premier lors d'une prochaine séance.

54. Il convient de rappeler que le sujet des actes unilatéraux est extrêmement complexe et s'est révélé difficile à étudier. La doctrine est abondante, mais malheureusement pas toujours cohérente. Le Rapporteur spécial indique qu'il l'a analysée de manière approfondie, ainsi que les principales décisions judiciaires et arbitrales concernant les actes unilatéraux et les formes de comportement en général, qui ne seront pas toutes examinées dans le cadre du travail de codification et de développement progressif entrepris par la Commission. Il n'a malheureusement pas pu examiner pleinement la pratique, pour diverses raisons. Les informations disponibles sur la pratique des États sont fondamentalement factuelles. Il est très difficile de déterminer ce que pensent les États en ce qui concerne l'accomplissement de tels actes, leur nature et les effets qu'on entend leur donner. Toutefois, dans la plupart des cas, des déductions sont possibles. Il est admis que les États accomplissent constamment des actes unilatéraux et font des déclarations unilatérales dans le cadre de leurs relations extérieures. Un rapide tour d'horizon des médias le confirmerait. Mais la question se pose de savoir si ces actes sont politiques ou juridiques. Il ne peut être répondu à cette question apparemment simple que par une interprétation de l'intention des États auteurs des actes, un problème hautement complexe et subjectif.

55. Même si l'on conclut que l'acte a un caractère juridique, il reste à déterminer s'il s'agit d'un acte conventionnel ou d'un acte unilatéral et, dans ce dernier cas, s'il s'agit d'un acte formellement unilatéral s'inscrivant dans le cadre d'une relation conventionnelle, auquel cas le régime de Vienne s'appliquerait, ou s'il s'agit d'un acte purement unilatéral, à savoir un acte qui n'est lié à aucun autre régime juridique, et qui a des effets en lui-même et par lui-même. C'est ce dernier cas qui intéresse la Commission, et il pourrait être utile d'élaborer des règles régissant le fonctionnement de tels actes.

56. Lorsque l'on envisage le présent sujet, il convient d'avoir le droit des traités à l'esprit. Lorsque les articles sur le droit des traités ont été élaborés, la situation était plus simple dans la mesure où la pratique conventionnelle était plus claire. S'agissant des actes unilatéraux, des doutes existent non pas tant sur l'existence de tels actes mais sur leur nature. Les États ne sont pas totalement convaincus que tout acte unilatéral relève de la catégorie dont s'occupe la Commission. C'est pourquoi celle-ci a établi, à sa cinquante-troisième session, un questionnaire qui a été distribué aux États afin d'obtenir davantage d'informations sur leur pratique[7]. Le Rapporteur spécial est particulièrement reconnaissant aux gouvernements de l'Estonie et du Portugal pour les informations précieuses qu'ils ont fournies en ce qui concerne leur pratique internationale (voir A/CN.4/524). Ces gouvernements ont non seulement fourni des exemples d'actes unilatéraux, mais les ont aussi classés et, plus important, ont évoqué leurs effets juridiques, montrant ainsi qu'il est tout à fait possible de trouver des exemples d'actes que les États eux-mêmes considèrent comme relevant de l'étude de la Commission.

57. Il est clair, comme le reconnaît la majorité de la doctrine, que les traités sont les instruments les plus largement utilisés par les États dans leurs relations juridiques internationales; mais cela ne change rien au fait que les États utilisent de plus en plus les actes unilatéraux pour guider leur conduite ultérieure. Rien n'empêche un État de prendre des engagements internationaux unilatéraux, sans la réciprocité et les concessions mutuelles qui ca-

[6] Voir *supra* note 2.

[7] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), par. 29 et 254, p. 19 et 220. On peut consulter le texte du questionnaire à l'adresse suivante : http://untreaty.un.org/ilc/sessions/53/53sess.htm.

ractérisent généralement les textes conventionnels. L'État est autorisé à formuler des actes de ce type, décrits par la doctrine comme « hétéronormatifs ». Ainsi, au regard du droit international, un État peut accomplir un acte sans qu'aucune participation d'un autre État soit nécessaire, dans l'intention de produire des effets juridiques, sans que le ou les destinataires de l'acte aient besoin de l'accepter.

58. À la section C de l'introduction, pour montrer une nouvelle fois les difficultés que pose le sujet, il est indiqué que les actes unilatéraux que la Commission considère comme les plus fréquents, à savoir la renonciation, la protestation, la reconnaissance et la promesse, ne sont pas toujours exprimés au moyen de déclarations et, en outre, ne sont pas toujours unilatéraux. Par exemple, la reconnaissance peut être affectée par des actes implicites ou probants. L'État peut reconnaître une entité implicitement, par un acte politique ou juridique autre qu'une déclaration de reconnaissance, par exemple par un échange d'ambassadeurs ou l'ouverture réciproque de missions diplomatiques ou consulaires. Ainsi, la reconnaissance n'est pas toujours un acte unilatéral du type dont s'occupe la Commission. De plus, elle peut parfois prendre la forme d'un traité, comme dans le cas de la reconnaissance des États-Unis d'Amérique et des deux Allemagne.

59. Les promesses ne sont pas non plus toujours unilatérales. Rien ne semble empêcher la formulation d'une promesse au moyen d'un acte conventionnel. Un État peut promettre à un ou plusieurs autres États qu'il se conduira de telle ou telle manière dans le cadre d'une relation conventionnelle. Dans de tels cas, bien entendu, bien qu'il y ait promesse au sens où l'entend généralement la doctrine, les règles applicables à l'acte dont elle découle seront les règles de Vienne sur le droit des traités, même si l'engagement est unilatéral.

60. La protestation, d'autre part, est essentiellement, voire exclusivement, unilatérale, mais ne doit pas être confondue avec les protestations collectives unilatérales, par lesquelles deux États ou plus formulent une protestation au moyen d'un même acte.

61. La renonciation elle aussi est un phénomène complexe et divers. La doctrine et la jurisprudence internationale ont établi qu'elle ne pouvait être qu'explicite. Il ne peut y avoir de renonciation implicite ou tacite, ce qui est important en matière de protection diplomatique, dans le contexte de la renonciation par l'État défendeur à la condition d'épuisement des recours internes. Une renonciation doit être claire et sans équivoque, et elle doit donc être explicite. L'acte unilatéral de renonciation qui intéresse la Commission est une manifestation non équivoque de la volonté de l'État avec l'intention de produire des effets juridiques précis. L'imprécision qui persiste quant à l'objet du travail de codification, sur laquelle le Rapporteur spécial appelle l'attention au paragraphe 4 de son rapport, soulève la question de savoir s'il est possible de codifier le sujet. Cependant, malgré la complexité de celui-ci, une majorité substantielle des opinions exprimées tant à la Commission qu'à la Sixième Commission indique le sujet se prête bien à la codification et au développement progressif.

62. Le chapitre premier concerne essentiellement la définition des actes unilatéraux, et il s'agit en l'espèce de tenter d'élaborer une définition englobant les divers actes qui n'étaient pas couverts pas les précédentes tentatives de définition. En ce qui concerne l'évolution de la définition et de ses éléments constitutifs depuis la présentation du premier rapport du Rapporteur spécial[8], le mot « déclaration » a été remplacé par le mot « acte », jugé moins restrictif et couvrant les actes unilatéraux qui ne prennent pas la forme d'une déclaration. Le Rapporteur spécial indique qu'il a considéré que la plupart des actes unilatéraux, sinon tous, notamment la renonciation, la promesse, la protestation et la reconnaissance, ne pouvaient être formulés qu'au moyen d'une déclaration. Toutefois, en réponse aux observations faites par certains membres, il a remplacé le mot « déclaration » par le mot « acte ».

63. La notion d'« autonomie » n'a pas été retenue dans la définition, bien que le Rapporteur spécial considérât quant à lui que l'une des caractéristiques des actes en question était qu'ils étaient indépendants d'autres régimes juridiques comme les régimes conventionnels. La question de l'autonomie sera néanmoins abordée dans le commentaire.

64. L'expression « manifestation de volonté non équivoque de l'État, formulée dans l'intention de produire des effets juridiques » a été jugée tautologique par certains. Toutefois, le Rapporteur spécial estime qu'elle couvre deux notions différentes et complémentaires, à savoir l'exécution et l'objet. L'expression « intention de produire des effets juridiques » a remplacé l'expression « intention de contracter des obligations juridiques », que la Commission jugeait trop restrictive, en ce qu'elle excluait toute possibilité pour l'État d'établir une relation séparée avec le destinataire. Pour le Rapporteur spécial, une chose est claire : l'État ne peut imposer d'obligation à un autre sujet de droit international sans son consentement, ce qui est confirmé par la doctrine et la jurisprudence internationale, par les adages *res inter alios acta* et *pacta tertiis nec nocent nec prosunt* et dans un certain nombre d'affaires citées au paragraphe 60 du cinquième rapport, bien que le droit des traités prévoie des exceptions à cette règle comme la stipulation en faveur de tiers et la clause de la nation la plus favorisée, qui exigent le consentement du destinataire.

65. Un État peut-il imposer des obligations à un autre État qui n'a ni pris part à la formulation d'un acte unilatéral ni accepté les obligations correspondantes ? Une analyse des actes unilatéraux considérés comme les plus représentatifs montre que ni la promesse ni la renonciation ne créent d'obligation pour les tiers. De fait, l'État auteur de l'acte contracte des obligations en formulant l'acte et dans le même temps confère des droits aux autres États. La stipulation en faveur de tiers n'exige aucun acquiescement ni réaction exprimant l'acquiescement. Comme la CIJ l'a fait observer dans les arrêts rendus dans les affaires des *Essais nucléaires*, l'acte unilatéral crée des obligations à partir du moment où il est formulé. Ce moment peut être comparé, *mutatis mutandis*, à l'entrée en vigueur d'un traité.

[8] *Annuaire... 1998*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/486, p. 327.

66. La reconnaissance d'État peut être examinée de plus près en tant qu'acte unilatéral formulé expressément et non implicitement. S'il n'est pas douteux que l'État auteur de l'acte contracte des obligations vis-à-vis de l'État destinataire, on peut se demander si ce dernier assume par là même des obligations imposées par le droit international. La réponse dépend à l'évidence de la manière dont on considère la reconnaissance des États, selon qu'on estime qu'elle a un effet déclaratoire ou constitutif. Dans le premier cas, l'État reconnaissant prend simplement note d'une situation existante, à savoir la qualité d'État, qui existe non en raison de la déclaration de reconnaissance, mais parce que les conditions nécessaires pour que l'entité constitue un État sont réunies. Les obligations de l'État découlent donc de son statut, non de l'acte de reconnaissance. Dans la deuxième hypothèse, qui correspond à une opinion que ne partage pas le Rapporteur spécial, la situation sera différente.

67. Lors de débats qui ont eu lieu au sujet du mot « non équivoque », on a dit qu'il était difficile d'imaginer comment un acte unilatéral pouvait être formulé d'une manière qui ne soit pas claire ou avec des conditions ou restrictions implicites. Certains membres estiment que l'expression de la volonté doit toujours être claire et compréhensible, et que, si elle est équivoque et ne peut être éclaircie par les moyens ordinaires d'interprétation, elle ne crée pas un acte juridique. Quoi qu'il en soit, ce terme a été conservé dans la définition dont est saisi le Comité de rédaction.

68. Le terme « publicité », jugé excessivement large, a été remplacé par « connaissance », car « publicité » est utilisé exclusivement dans le cas d'un acte unilatéral formulé *erga omnes*, alors que l'élément clef est que l'acte doit être connu de son destinataire.

69. Le fait que la définition donne aux seuls États la capacité de formuler des actes unilatéraux – telle est la matière du mandat de la Commission – ne doit aucunement être interprété comme signifiant que les autres sujets de droit international, en particulier les organisations internationales, ne peuvent le faire. La notion de destinataire est entendue largement, de telle manière qu'un acte unilatéral peut s'adresser non seulement à un ou plusieurs États mais aussi à une organisation internationale. Certains membres de la Commission estiment que d'autres entités juridiques internationales, notamment les mouvements de libération, peuvent être les destinataires de tels actes. Ceci soulève un certain nombre de problèmes qui méritent réflexion, y compris la responsabilité internationale et la capacité internationale en cas de différend, mais, en son état actuel, le projet demeure expressément limité aux États et aux organisations internationales.

70. La définition des actes unilatéraux a été renvoyée au Comité de rédaction et il est capital qu'elle soit adoptée à la session en cours pour progresser dans l'élaboration des autres projets d'article. Cette définition a été longuement examinée, et elle a évolué avec les observations des membres de la Commission et des gouvernements. Un récapitulatif des progrès accomplis et des raisons pour lesquelles certains concepts et termes ont été modifiés est fourni en réponse à des observations faites l'année précédente. Si tous les actes unilatéraux sont de formulation similaire et que des règles communes s'appliquant à tous peuvent être élaborées, certains actes sont différents par leurs effets juridiques. Le projet devra donc être divisé en deux ou trois parties, en fonction des catégories d'actes unilatéraux que l'on retiendra. Le Rapporteur spécial rappelle que la Commission a décidé que lors de la prochaine étape les travaux devraient être axés sur la promesse internationale et les autres actes par lesquels les États contractent des obligations unilatérales.

71. Le Rapporteur spécial dit qu'avec ces observations il soumet l'introduction de son cinquième rapport aux membres de la Commission, étant entendu qu'à la prochaine séance il présentera d'autres aspects du sujet à l'examen.

72. M. PELLET dit que le récapitulatif des travaux de la Commission présenté par le Rapporteur spécial est intéressant, en particulier pour les nouveaux membres, mais qu'il n'y a pas d'éléments nouveaux ni d'articles nouveaux à examiner. Sur quoi les membres doivent-ils faire des observations lors des séances à venir consacrées au sujet ?

73. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que c'est M. Pellet lui-même qui a demandé un récapitulatif des travaux, et qu'il lui en est reconnaissant, car cela aidera les nouveaux membres de la Commission à évaluer les progrès accomplis. Certes, il n'y a pas grand-chose de nouveau pour les autres membres, mais les paragraphes 44 et 45 du rapport soulèvent certains points sur lesquels le Rapporteur spécial souhaiterait obtenir l'avis des membres : l'application aux actes unilatéraux de la règle générale *pacta sunt servanda*, l'application de l'acte unilatéral dans le temps, notamment la question de la rétroactivité, l'application de l'acte unilatéral dans l'espace et la détermination du moment auquel l'acte unilatéral commence à produire ses effets juridiques.

La séance est levée à 13 heures.

2721e SÉANCE

Vendredi 17 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kamto, M. Kateka, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Organisation des travaux de la session *(suite)*

[Point 2 de l'ordre du jour]

1. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) annonce que, compte tenu des souhaits exprimés par des membres de la Commission et de la nécessité d'assurer une représentation équitable des régions géographiques et des langues au sein du Comité, il a été décidé que le Comité de rédaction sur le sujet des réserves aux traités serait composé des membres suivants : M. Pellet (Rapporteur spécial), M. Comissário Afonso, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue et M. Kuznetsov (Rapporteur de la Commission, membre de droit). Le Président du Comité de rédaction croit comprendre que le Président de la Commission est disposé à y participer en tant que membre de droit. Le Comité reste ouvert par ailleurs à la participation de tous les autres membres de la Commission qui souhaiteraient assister à ses réunions.

Les réserves aux traités[1] *(suite)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

2. M. MANSFIELD s'étonne que le projet de directive 2.1.7 *bis* (Cas de réserves manifestement illicites) proposé par le Rapporteur spécial dans son septième rapport sur les réserves aux traités (A/CN.4/526 et Add.1 à 3) suscite des inquiétudes chez certains membres de la Commission. En premier lieu, il est clair que le Rapporteur spécial n'a cherché dans ce projet qu'à traiter des cas où la réserve formulée pose de toute évidence un problème. Cette disposition ne serait certainement pas applicable dans les situations où il s'agit d'apprécier si une réserve donnée est ou n'est pas compatible avec l'objet et le but du traité considéré. Le Comité de rédaction pourrait réfléchir à une formulation qui permettrait de l'indiquer plus clairement. Il y a lieu de rappeler cependant que le travail du dépositaire comporte toujours une part d'appréciation, et cette appréciation ne serait pas en l'occurrence très différente de celle qu'il serait tenu de faire dans d'autres situations, par exemple lorsqu'il s'agit de déterminer si la réserve est formulée en bonne et due forme. On peut raisonnablement s'attendre à ce que, dans tous les cas, le dépositaire fasse preuve de discrétion dans ses communications avec l'État réservataire. Il est dans l'intérêt, aussi bien du dépositaire que de l'État concerné, que la question soit réglée de cette façon.

3. Enfin, M. Mansfield pense comme M. Koskenniemi qu'il ne faut pas confondre la passivité du dépositaire qui a simplement un rôle de boîte aux lettres avec sa neutralité. L'activité envisagée dans le projet de directive 2.1.7 *bis* serait dans l'intérêt de tous, y compris dans celui de l'État réservataire. La notification d'un échange de vues entre le dépositaire et l'État réservataire peut à tout le moins attirer l'attention des départements juridiques des ministères des affaires étrangères des autres États parties, ce qui ne veut pas dire qu'ils partageraient les préoccupations exprimées par le dépositaire ou approuveraient le point de vue de l'État réservataire. C'est pourquoi M. Mansfield est favorable au renvoi du projet de directive au Comité de rédaction, à qui il appartiendra d'en reformuler le texte de façon à tenir compte des préoccupations exprimées au cours du débat.

4. M. CANDIOTI, considérant que le projet de directive 2.1.7 *bis* contient une proposition utile sur le plan pratique, approuve son renvoi au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci devra tenir dûment compte de toutes les vues exprimées au sujet du maintien des fonctions et des compétences du dépositaire dans le cadre du système défini dans la Convention de Vienne de 1969.

5. M. Candioti fait observer par ailleurs qu'il faudrait remplacer dans la version espagnole du projet de directive le mot « *ilícita* », qui n'est pas très approprié, par un mot comme « *inadmisible* ».

6. M. ADDO rappelle que la base juridique d'une réserve est fonction du contenu du traité auquel elle se rapporte. En effet, certains traités parfois interdisent toutes les réserves, parfois les autorisent toutes; d'autres n'en autorisent que certaines, d'autres encore restent muets sur la question des réserves. De l'avis de M. Addo, le projet de directive 2.1.7 *bis* s'applique dans les situations visées aux alinéas *a* et *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 qui font bien la distinction entre les réserves interdites et les réserves autorisées par un traité. Parfois, les États tentent de formuler des réserves à certains traités qui les interdisent par le biais de déclarations. Ce fut le cas des Philippines au sujet de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer qui interdit les réserves en son article 309. Cette déclaration, qui semblait avoir les mêmes effets qu'une réserve, était manifestement illicite et plusieurs États ont d'ailleurs formulé une objection. En pareil cas, le dépositaire est en droit d'appeler l'attention de l'État réservataire sur le caractère interdit de la réserve afin qu'il la retire, et, si celui-ci insiste sur son maintien, de communiquer le texte de cette réserve et le texte de l'échange de vues qu'il a eu avec son auteur aux autres États signataires du traité, comme le prévoit le projet de directive 2.1.7 *bis*. Il en va de même dans le cas des situations relevant de l'alinéa *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, à savoir lorsqu'un État formule une réserve qui ne figure pas parmi les réserves déterminées autorisées par le traité considéré.

7. En revanche, de l'avis de M. Addo, une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité, quoique illicite, ne l'est pas pour autant « manifestement » car il n'est pas facile d'identifier l'objet et le but d'un traité. C'est une question subjective et il appartient donc à chaque État partie d'en décider. M. Addo fait observer à cet égard qu'une réserve qui porterait atteinte à un principe du droit international coutumier qui a été codifié serait, elle, manifestement illicite. Ainsi, un État ne pourrait pas se réserver le droit de pratiquer l'esclavage. Dans ce cas, le dépositaire ne serait pas tenu d'accepter une telle réserve parce qu'elle ne pourrait avoir aucun effet. Cependant, il

[1] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

pourrait signaler à son auteur qu'elle est illicite, ce qui permettrait à ce dernier d'y renoncer de sorte qu'il ne serait pas nécessaire de la communiquer aux autres États parties.

8. En conclusion, M. Addo estime que le projet de directive 2.1.7 *bis* est utile et il est donc favorable à son renvoi au Comité de rédaction, étant entendu toutefois qu'il ne s'appliquera pas dans le cas des réserves incompatibles avec l'objet et le but d'un traité au sens de l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969.

9. M. GAJA, se référant à la dernière observation de M. Addo selon laquelle une réserve à une disposition d'un traité correspondant à une règle du droit international coutumier entrerait dans la catégorie des réserves illicites, fait observer que, lorsqu'un État fait une réserve de ce type, il ne cherche pas nécessairement à nier cette règle. Il ne veut tout simplement pas ajouter aux obligations qui lui incombent en vertu du droit coutumier international des obligations en vertu du traité, de manière à échapper ainsi au mécanisme de surveillance qui pourrait être prévu par le traité. De l'avis de M. Gaja, on ne peut considérer en soi ce type de réserve comme une réserve illicite.

10. M. PELLET (Rapporteur spécial) pense aussi que rien n'empêche un État de faire une réserve à une règle coutumière reprise dans une règle conventionnelle. Il demeure lié, ce faisant, par la règle coutumière mais est en droit de ne pas accepter sa conventionnalisation.

11. M. SEPÚLVEDA félicite le Rapporteur spécial pour la qualité de ses rapports qui ne passent pas inaperçus et suscitent toujours beaucoup de réactions car ils incitent à la réflexion.

12. En ce qui concerne le projet de directive 2.1.7 *bis*, M. Sepúlveda appelle tout d'abord l'attention sur l'incohérence qui existe dans la version espagnole du texte, dans lequel on emploie deux termes différents pour qualifier les réserves, soit « *inadmisibles* » dans le titre du projet et « *ilícita* » dans le paragraphe 1 du texte, et à laquelle il conviendrait donc de remédier.

13. Mis à part ce point de terminologie, la question fondamentale que soulève ce projet est celle de sa compatibilité avec la Convention de Vienne de 1969 et de la portée que la Commission souhaite attribuer au projet de guide de la pratique. Pour M. Sepúlveda, celui-ci ne doit pas dépasser les limites fixées par la Convention. Le système concernant les réserves défini aux articles 19 à 23 de la Convention implique uniquement les États parties, pas le dépositaire. De toute évidence, il n'appartient pas au dépositaire, dont les fonctions sont définies à l'article 77 de la Convention, de déterminer qu'une réserve est licite ou illicite, comme le prévoit le projet de directive 2.1.7 *bis*. C'est aux États parties au traité visé d'en décider. Le dépositaire est simplement tenu de communiquer le texte d'une réserve aux États et organisations signataires du traité. En outre, selon le projet de directive proposé, après avoir déterminé qu'une réserve est manifestement illicite, le dépositaire devrait jouer le rôle peu enviable de messager porteur de mauvaises nouvelles en communiquant aux autres États parties le texte de l'échange de vues qu'il a eu avec l'auteur de la réserve. Le Rapporteur spécial n'indique pas quelles seraient les conséquences de cette intervention du dépositaire, mais on peut supposer qu'elles auront pour premier effet de faire planer une incertitude sur cette réserve, jugée illicite par le dépositaire de manière unilatérale et peut-être aussi arbitraire. On peut aussi s'attendre à une certaine irritation, non seulement de la part de l'État auteur de la réserve qui pensait, en toute bonne foi peut-être, qu'elle était licite, mais aussi de la part de tous les États signataires ou contractants qui estimeront que le dépositaire a outrepassé ses fonctions en portant un jugement de valeur subjectif sur cette réserve. Il ne paraît pas judicieux de mettre le dépositaire, qui a pour tâche de faciliter la communication entre les parties, dans une telle situation de conflit potentiel.

14. En conséquence, pour faciliter la tâche du dépositaire, il faudrait prévoir un processus de consultation entre les États parties intéressés pour aider à déterminer quelles sont les réserves acceptables et celles qui ne le sont pas. Le dépositaire pourrait également attirer l'attention des États signataires et contractants sur le fait qu'un État a formulé une réserve qui pourrait être une réserve interdite par le traité ou une réserve ne figurant pas parmi les réserves autorisées par le traité ou encore une réserve qui pourrait être incompatible avec l'objet et le but du traité. Il appartiendrait alors à chaque État de décider soit d'accepter la réserve formulée, soit d'y faire objection conformément aux dispositions de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969. L'incorporation de ces éléments dans le projet de directive permettrait d'assurer sa conformité avec l'esprit et la lettre de la Convention, et M. Sepúlveda espère que le Comité de rédaction trouvera une formulation appropriée pour tenir compte de toutes les observations formulées.

15. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO estime que le texte du projet de directive 2.1.7 *bis* doit être mis en conformité avec les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. En particulier, il devrait être aligné sur les dispositions de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969 qui expose l'essentiel des fonctions du dépositaire, ainsi que sur les articles 19 et 20 de cette même convention. Le projet du Rapporteur spécial tient compte de façon équilibrée de deux points de vue, celui consacré par la Convention de Vienne de 1969, selon lequel la mission du dépositaire se limite à une simple gestion des traités, et celui qui relève du développement progressif, selon lequel il a un rôle plus large. M. Rodríguez Cedeño est néanmoins préoccupé de voir que le projet concède au dépositaire la faculté de qualifier la réserve de « manifestement illicite ». C'est pourquoi, tout en approuvant son renvoi au Comité de rédaction, il espère que celui-ci reformulera le texte de manière à tenir compte des différentes opinions exprimées en plénière, notamment sur ce point. Il conviendrait aussi qu'il examine le problème, déjà soulevé, des divergences de terminologie dans la version espagnole.

16. M. MOMTAZ fait observer que, dans la plupart des cas, les États qui formulent des réserves manifestement illicites le font en toute connaissance de cause et non du fait d'une erreur de leurs juristes. C'est généralement en raison de problèmes de politique intérieure qui ne leur laissent le choix qu'entre formuler des réserves illicites ou renoncer à ratifier le traité. M. Momtaz pense qu'il serait peut-être préférable de s'en remettre aux dispositions de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969, et de laisser donc aux autres États contractants le soin de réagir

à ce type de réserve. Il remarque que la question qui se pose est celle du choix entre l'intégrité et l'universalité des traités.

17. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA estime qu'une ambiguïté subsiste et s'interroge sur l'effet du silence des autres États parties devant une réserve manifestement illicite. Dans la mesure où la Convention de Vienne de 1969 donne à l'acceptation des réserves un caractère tacite, il se demande si le silence des États en la matière peut être un mode d'acceptation des réserves manifestement illicites ou doit être considéré comme la manifestation du fait qu'ils les considèrent comme nulles et non avenues.

18. Mme XUE fait observer qu'étant donné le grand nombre de traités élaborés à l'ère contemporaine, on suppose que le dépositaire est compétent pour juger du caractère manifestement illicite d'une réserve, tout particulièrement quand il fait partie du système des Nations Unies. Toutefois, il convient de ne pas oublier l'essentiel, à savoir que, si des réserves manifestement illicites sont effectivement formulées, les États dont les intérêts sont affectés seront amenés à réagir. Mme Xue se demande s'il est judicieux de placer le dépositaire en situation de mener un débat sur le fond avec un État partie. Elle craint que, par le projet de directive 2.1.7 *bis*, la Commission n'attribue au dépositaire un pouvoir d'interprétation plus important que ce qu'elle a souhaité ou que ce que les États souhaiteraient. Au cas où un État formulerait une réserve manifestement illicite, par exemple s'agissant d'un traité sur le génocide, si un État se réservait le droit de procéder à un génocide dans certains cas, tous les États contractants devraient faire objection à cette réserve. En tout état de cause, le dépositaire doit conserver une position neutre, dans l'intérêt de la stabilité des relations entre les États parties et dans son propre intérêt.

19. M. CHEE revient sur la formulation du projet de directive 2.1.7 *bis*, qui lui paraît contraire à l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969, relatif aux fonctions des dépositaires. Rien dans les alinéas *a* à *h* du paragraphe 1 de l'article 77 ne donne au dépositaire un pouvoir d'appréciation lui permettant de juger de la licéité ou de l'illicéité d'une réserve. L'alinéa *d* lui assigne la tâche d'« examiner si […] une communication […] est en bonne et due forme », ce qui, de toute évidence, ne vise que la procédure. M. Chee se dit préoccupé par trois expressions employées dans le projet de directive 2.1.7 *bis*, à savoir « de l'avis du dépositaire », « manifestement illicite » et « à son avis ». Il lui semble que ces expressions outrepassent les limites posées par l'article 77 de la Convention et aussi la fonction de dépositaire telle que la reconnaît la coutume internationale.

20. M. KAMTO dit qu'indépendamment des divers points soulevés, tels que celui de la neutralité du dépositaire ou des questions de politique intérieure influençant le comportement des États, le problème juridique qui se pose est celui de la définition du rôle du dépositaire, à la lumière du droit positif, notamment de la Convention de Vienne de 1969, et de l'évolution subséquente de la pratique internationale. Il convient de respecter les dispositions des articles 19 et 77, ainsi que de l'article 20 de la Convention, tout en tenant compte de la nécessité pratique de confier au dépositaire un rôle plus important. M. Kamto est favorable au renvoi du projet de directive 2.1.7 *bis* au Comité de rédaction, mais souhaite que celui-ci évite le terme « illicite », qui renvoie à la responsabilité de l'État, par exemple en parlant d'admissibilité ou en reprenant les dispositions de l'article 19 pour préciser quels sont les types de réserves auxquelles le dépositaire peut réagir et en se référant à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77. Le dépositaire pourrait appeler l'attention de l'État auteur de la réserve sur le fait que celle-ci est contraire à l'alinéa *a* ou *b* de l'article 19, par une correspondance qu'il ne serait pas nécessaire de divulguer. Si l'État auteur de la réserve persiste, le dépositaire pourra alors signaler à l'attention des autres États la réserve en question. Quant au point traité par l'alinéa *c* de l'article 19, il relève de la seule compétence des États.

21. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA fait remarquer que le paragraphe 1 du projet de directive 2.1.7 *bis* débute par « lorsqu'une réserve est manifestement illicite de l'avis du dépositaire ». Un avis, aussi technique et juridiquement fondé qu'il soit, ne saurait lier un État souverain, qui demeure libre d'accepter ou non telle ou telle réserve émanant d'un autre État. Il semble donc que la Commission se donne des frayeurs bien inutiles.

22. Mme ESCARAMEIA dit que rien dans le projet de directive à l'examen ne contrevient à l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969, qui définit les fonctions du dépositaire de manière expressément non limitative. Quant à la question du choix politique, on peut difficilement considérer qu'elle renvoie à l'opposition entre intégrité et universalité du traité. Dans la pratique, ce n'est pas le traité qui est universel mais certaines de ses dispositions, et on ne peut dire à l'avance lesquelles le seront. Si un État formule une réserve qui n'est pas autorisée selon l'article 19 de la Convention, cet État se met dans l'illégalité et le dépositaire ne doit pas être encouragé à faire comme si de rien n'était. S'agissant du silence des autres États, dans la pratique, il vaut acceptation de la réserve, parce que, entre l'État qui n'a pas objecté et l'État auteur de la réserve, le traité est effectif réserve comprise. Enfin, il est inexact de dire que les États peuvent toujours faire ce qu'ils veulent. Dans la pratique, les États petits ou moyens hésitent souvent à compromettre leurs bonnes relations avec l'État auteur de la réserve. Au sein de l'Union européenne, les objections sont souvent formulées conjointement, et les petits pays membres de l'Union sont bien contents de profiter de cette possibilité. La modeste fonction d'alerte confiée au dépositaire dans le projet de directive à l'examen aurait le même type d'utilité.

23. M. PELLET (Rapporteur spécial) s'étonne de l'ampleur prise par le débat sur le projet de directive 2.1.7 *bis*, qui est un texte de pure procédure, certes utile mais somme toute anodin, une voie moyenne dans l'éventail des positions parfois extrêmes exprimées à la Sixième Commission. Il consiste à dire que, lorsqu'un dépositaire est d'avis qu'une réserve est manifestement illicite aux termes de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969, il doit pouvoir le signaler à l'auteur de la réserve. Celui-ci réagit et, si aucun compromis n'est trouvé, cette parenthèse se referme et la procédure reprend son cours, à savoir que le dépositaire adresse la réserve aux autres États et ces derniers objectent ou non. N'est guère anodin, en revanche, l'argument selon lequel l'État aurait le droit de répercuter au plan international des problèmes de politique intérieure par le biais d'une réserve manifestement

illicite. Si un État formule une réserve manifestement illicite, c'est-à-dire soit interdite par le traité soit fondamentalement contraire au but et à l'objet de celui-ci, les problèmes de politique intérieure ne sauraient le soustraire aux règles du droit international, qui doivent d'autant plus s'imposer qu'elles établissent en l'occurrence un équilibre très acceptable entre les principes d'intégrité et d'universalité.

24. La Commission n'a manifestement pas d'objection à ce que le projet de directive 2.1.7 *bis* soit renvoyé au Comité de rédaction, mais les orientations à donner à celui-ci sont déterminées par les leçons à tirer du débat, lequel a tourné essentiellement autour de quatre questions : la terminologie; la question de savoir si l'illicite manifeste est limité aux alinéas *a* et *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969 ou s'il inclut également l'alinéa *c*; la fin du paragraphe 2 du texte; et la question des délais, qui, de l'avis du Rapporteur spécial, n'est pas fondée. Les problèmes de terminologie ont trait aux mots « illicite » et « manifestement ». Le terme « illicite » pose des problèmes en français et en espagnol, alors que « *inadmissible* » n'a pas suscité d'opposition en anglais. Le terme « illicite » pose effectivement un problème, en ce sens qu'en droit international il renvoie à la question de la responsabilité de l'État. Or l'État qui fait une réserve « illicite » n'engage pas sa responsabilité et prend simplement le risque que sa réserve soit considérée nulle et non avenue. Parmi les termes qu'on pourrait substituer à « illicite », « inadmissible » est à exclure en français, du moins en tant que terme technique, « irrecevable » est plus limité que le terme anglais « *inadmissible* » et « incompatible » ne renvoie qu'à l'alinéa *c* de l'article 19 de la Convention, alors que le problème posé est plus vaste et que certains membres de la Commission voudraient même écarter l'alinéa *c*. La meilleure solution serait peut-être de revenir à la terminologie que le Rapporteur spécial utilisait dans ses deux premiers rapports, celle de réserve « valide » ou « non valide », quitte à conserver dans la version anglaise le terme « *inadmissible* » à cause des objections qu'avait soulevées à l'époque l'emploi en anglais du mot « *valid* ». En ce qui concerne l'adverbe « manifestement », l'on pourrait certes essayer d'en établir la définition, en s'inspirant, par exemple, du paragraphe 2 de l'article 46 de la Convention, mais le Rapporteur spécial, qui apprécie bien la *soft law*, est d'avis qu'il n'y a pas lieu de refaire le dictionnaire pour une disposition aussi anodine.

25. Certains membres de la Commission ont proposé de limiter la possibilité de réaction du dépositaire aux cas de figure visés aux alinéas *a* et *b* de l'article 19 de la Convention de Vienne de 1969. Le Rapporteur spécial est opposé à cette suggestion parce que ce sont précisément les situations visées à l'alinéa *c* de l'article 19 qui risquent de se rencontrer le plus dans la pratique. Il n'est pas insensible aux observations relatives à la façon dont le texte est rédigé, mais il ne faudrait pas vider la disposition de sa substance en ne la rendant applicable que là où le problème ne peut pas se poser dans la pratique. Les réserves les plus nettes portaient toutefois sur le dernier membre de phrase du paragraphe 2 de la disposition 2.1.7 *bis* à l'examen, à savoir « en y joignant le texte de l'échange de vues qu'il a eu avec l'auteur de la réserve ». Il est vrai que la discrétion est une vertu et que le dépositaire est un facilitateur et non un juge, mais il est vrai aussi que les États sont souvent négligents et qu'il n'est pas inutile de leur rappeler leur devoir. L'échange de vues en question ne se déroule pas nécessairement par écrit, et le dépositaire ne doit pas nécessairement le joindre dans son intégralité. Le Comité de rédaction trouvera certainement une formulation qui exprime la fonction d'alerte du dépositaire, mais sans y mettre trop de formalisme. Enfin, sur la question des délais, certains membres se sont inquiétés du risque de prolongation indéfinie de la procédure et se sont demandé s'il ne fallait pas fixer un délai pour l'échange de vues avec l'État auteur de la réserve. Le Rapporteur spécial estime au contraire que, tant que l'État est prêt à discuter, il faut laisser l'échange se poursuivre, ce qui impose peut-être de préciser dans le commentaire que seul l'État auteur de la réserve a la possibilité de mettre fin à l'échange et d'exiger que sa réserve soit notifiée. Quant à la question du moment à partir duquel la réserve peut être considérée comme ayant été formulée, le projet de directive 2.1.8 (Date d'effet des communications relatives aux réserves) est on ne peut plus clair : ce moment est celui de la notification de la réserve à l'État ou organisation auquel elle est destinée. Le délai imparti pour formuler des objections court donc à partir de la date de notification conformément au projet de directive 2.1.8. Telles sont donc les bases sur lesquelles le Comité pourrait discuter.

26. M. MOMTAZ précise que son propos n'était pas qu'il fallait laisser les États violer le droit international. Se référant à l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969, il avait même rappelé que les États ont le droit d'objecter à des réserves manifestement illicites. Il réaffirme donc qu'une réserve manifestement illicite n'a aucune valeur sur le plan juridique.

27. Le PRÉSIDENT croit comprendre que les membres de la Commission sont d'accord pour renvoyer le projet de directive 2.1.7 *bis* au Comité de rédaction, étant entendu que celui-ci, en examinant ce texte, prendra en considération toutes les vues exprimées au cours des séances plénières.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 40.

2722e SÉANCE

Mardi 21 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Ke-

micha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États *(suite*)* [A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2[1], A/CN.4/521, sect. D]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), poursuivant la présentation de son cinquième rapport (A/CN.4/525 et Add.1 et 2), rappelle que ce rapport est axé sur une question fondamentale : la définition de l'acte unilatéral dans le cadre des progrès réalisés dans les travaux sur les projets d'article. Il a choisi de procéder ainsi pour plusieurs raisons, notamment parce qu'on lui a demandé de récapituler ce qui a déjà été fait, et pour marquer le début du nouveau quinquennat et familiariser les nouveaux membres avec le sujet. Dans les sections B à D du chapitre premier de ce cinquième rapport, certains aspects du sujet sont abordés pour la première fois en profondeur, et il ne s'agit pas d'une récapitulation. Ces sections traitent des conditions de validité et des causes de nullité des actes unilatéraux, de leur interprétation et de leur classification.

2. L'une des observations faite à la session précédente était que les causes de nullité de l'acte unilatéral doivent être examinées en même temps que ses conditions de validité et être envisagées largement, pas seulement du point de vue des vices dans la manifestation de la volonté. On a dit que d'autres causes de nullité susceptibles d'affecter la validité de l'acte unilatéral devaient être retenues, notamment la capacité de l'auteur, la viabilité du consentement et la licéité de l'objet de l'acte.

3. Ces questions ne sont guère abordées par la doctrine, et la pratique semble quasi inexistante. Là encore, toutefois, le régime de Vienne constitue un point de référence valide. Les conditions de validité des actes juridiques sont mentionnées dans un certain nombre de dispositions de la Convention de Vienne de 1969, en particulier les articles 42 à 53 et 69 à 71, bien qu'il n'ait pas été jugé nécessaire d'incorporer une disposition séparée sur la question. Lors de l'élaboration de la Convention, le Rapporteur spécial sur le sujet a présenté un projet d'article sur la validité, mais celui-ci n'a pas été adopté, ayant été jugé inutile. Les conditions de validité devraient toutefois être mentionnées d'une manière ou d'une autre, même si l'on n'inclut pas de disposition spécifique y relative dans le projet d'articles en cours d'élaboration. C'est pourquoi les conditions de validité d'un acte unilatéral qui ne sont pas différentes de celles d'un traité sont indiquées dans le rapport.

4. Premièrement, c'est l'État qui doit formuler un acte unilatéral, bien que d'autres sujets de droit international comme les organisations internationales puissent aussi le faire. La raison de cette limitation tient tout simplement au mandat de la Commission, limité aux actes unilatéraux des États. De plus, un acte unilatéral doit être formulé par une personne qui a la capacité d'agir et de prendre des engagements au niveau international au nom de l'État.

5. Une autre condition de la validité de l'acte unilatéral, qui caractérise les actes juridiques en général, est la licéité de son objet. L'acte unilatéral ne doit pas être contraire à une norme impérative du droit international (*jus cogens*). Enfin, la manifestation de la volonté ne doit pas être viciée. Toutefois, comme dans la Convention de Vienne de 1969, ces conditions de validité des actes unilatéraux ne doivent pas nécessairement faire l'objet d'une disposition spécifique dans le projet d'articles.

6. La section B du chapitre premier du cinquième rapport examine le régime des causes de nullité en droit international, qui est certainement l'un des aspects les plus complexes de l'étude des actes juridiques internationaux en général. Avant la Convention de Vienne, ce régime n'avait pas été examiné de manière très approfondie dans le cadre du droit international, même s'il avait donné lieu à des différends internationaux et avait été pris en considération au niveau interne. Une question connexe est celle des effets d'un acte unilatéral en conflit avec un acte antérieur, conventionnel ou unilatéral : en d'autres termes, un acte unilatéral contraire à des obligations contractées antérieurement par le même État. Est également mentionnée la nullité absolue, qui empêche de confirmer ou de valider l'acte, et la nullité relative, qui peut être corrigée. Dans le premier cas, l'acte est contraire à une norme impérative du droit international (*jus cogens*) ou est formulé parce qu'une contrainte est exercée sur le représentant de l'État auteur de l'acte; dans le second, les parties peuvent remédier aux autres causes de nullité et l'acte peut donc produire des effets juridiques.

7. Comme indiqué au paragraphe 115 du rapport, l'article unique sur les causes de nullité qui avait été présenté a été remplacé par plusieurs dispositions suite à des observations faites par les membres de la Commission et de la Sixième Commission. Comme indiqué au paragraphe 116, le nouveau libellé présente entre crochets une référence à l'État ou aux États auteur[s] de l'acte unilatéral. Cette présentation ménage la possibilité d'invoquer la nullité dans le cas d'actes unilatéraux d'origine collective. Si on accepte cette possibilité, il pourrait être également approprié de viser « un État ou des États » dans la définition à l'article premier afin d'exprimer plus clairement la possibilité d'un acte unilatéral collectif. On notera que, dans la nouvelle version du projet d'article 5, l'État ou les États qui ont formulé l'acte peuvent invoquer l'erreur, la fraude ou la corruption du représentant de l'État comme viciant l'expression de la volonté, alors que tout État peut invoquer la nullité d'un acte unilatéral si l'acte est contraire à une norme impérative du droit international (*jus cogens*) ou à une décision du Conseil de sécurité.

8. Diverses questions demeurent sans solution et pourraient faire l'objet d'un nouvel examen. L'une est la possibilité, dans le cas des actes unilatéraux d'origine collective, qu'un des États ayant participé à sa formulation

* Reprise des débats de la 2720e séance.

[1] Reproduit dans *Annuaire… 2002*, vol. II (1re partie).

invoque la nullité. Une autre est celle des effets que la nullité de l'acte peut avoir sur les relations juridiques entre l'État qui invoque la nullité et les autres États qui ont participé à la formulation de l'acte et sur les relations avec le destinataire de cet acte. La nullité de l'acte affecte-t-elle seulement les relations de l'État qui l'invoque avec le destinataire, ou affecte-t-elle les relations entre tous les États qui ont formulé l'acte et tous les destinataires ? Il faudra notamment examiner la stipulation en faveur de tiers, auquel cas, si l'acte qui a donné naissance à la relation est annulé, la relation avec l'État tiers prend fin. Dans ce contexte, on se souviendra que l'article 69 de la Convention de Vienne expose les conséquences de la nullité d'un acte, qui sont différentes de celles prévues pour un acte unilatéral d'origine collective. Le Rapporteur spécial souhaiterait avoir l'avis des membres sur ce point afin de pouvoir en tenir compte dans une disposition future sur la question.

9. La diversité des actes unilatéraux peut avoir un impact sur la capacité d'invoquer la nullité de l'acte. Dans le cas de la promesse ou de la reconnaissance, par exemple, l'État auteur peut invoquer la nullité de l'acte, mais, dans le cas de la protestation, la situation n'est pas la même : si l'État auteur ne peut guère invoquer la nullité de l'acte, rien ne semble empêcher l'État destinataire de le faire.

10. Une autre question examinée dans le rapport qui n'est pas reflétée dans le libellé du projet est celle de savoir si l'État auteur peut perdre le droit d'invoquer une cause de nullité ou de mettre un terme à un acte en raison de son comportement ou de son attitude, implicite ou explicite. Pour une partie de la doctrine, tout vice ou presque tout vice peut être corrigé subséquemment par la conduite de l'État. Par son attitude ultérieure, l'État peut régulariser un acte nul *ab initio*. On peut à cet égard invoquer l'affaire de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, dans laquelle la Cour internationale de Justice a jugé que le Nicaragua ne pouvait contester la sentence parce qu'il avait appliqué le traité contenant la clause d'arbitrage (par. 109 du rapport).

11. La question est examinée au paragraphe 110 du rapport de savoir si un État peut valider un acte unilatéral par son comportement ultérieur, ou s'il faut distinguer selon les effets juridiques de l'acte. La protestation, par exemple, peut être envisagée sous un angle différent. Une disposition sur le sujet risquant de ne pas être généralement applicable, il n'en est pas proposé.

12. Une autre question abordée dans le rapport (par. 113) est celle de la nullité d'un acte unilatéral en raison d'une violation du droit interne concernant la compétence pour formuler un acte unilatéral et la restriction particulière du pouvoir de manifester la volonté. Comme stipulé dans la Convention de Vienne de 1969, une telle cause de nullité ne peut être invoquée que si la violation est manifeste et concerne une norme d'importance fondamentale en droit interne.

13. Il convient de souligner à cet égard les difficultés que pose une transposition pure et simple des règles de Vienne aux actes unilatéraux. Il n'y a peut-être pas de base de comparaison avec le droit interne, car les constitutions définissent généralement la capacité de conclure des traités sans mentionner expressément les actes unilatéraux. Une large interprétation, assimilant les actes unilatéraux aux traités, n'est pas justifiée. Si le représentant d'un État a la capacité d'agir au nom de cet État et de l'engager sur le plan international, il ne peut le faire dans toutes les circonstances. Par exemple, un représentant de l'État ou même un chef d'État ou ministre des affaires étrangères, dont la capacité n'est pas contestable, peut-il faire une déclaration unilatérale dans le but de modifier des frontières ou de faire quelque chose qui exige normalement une ratification interne ou même un référendum au niveau national ? Une telle déclaration unilatérale peut-elle en elle-même produire des effets juridiques ?

14. La deuxième question abordée dans le rapport est celle de l'interprétation des actes unilatéraux. Parce qu'il s'agit de l'expression de la volonté, des règles d'interprétation peuvent être appliquées à tous les actes unilatéraux, quelle que soit leur teneur. Certains membres de la Commission et de la Sixième Commission ont jugé prématuré d'envisager les règles d'interprétation, tandis que d'autres, peut-être la majorité, ont jugé qu'il était possible d'essayer d'énoncer une règle générale et une autre sur les moyens complémentaires d'interprétation, comme dans le régime de Vienne. Lorsque l'on transpose ce régime aux actes unilatéraux, il faut toujours tenir compte des caractéristiques particulières de ces actes. D'où le libellé proposé pour le paragraphe 1 de l'article a), qui s'inspire de l'article 31 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 mais tient compte également de la définition figurant à l'article premier du projet d'articles en cours d'élaboration.

15. Le projet d'article sur l'interprétation n'indique pas expressément que l'interprétation doit être restrictive, mais une telle indication peut être ajoutée si la Commission le souhaite. À défaut, il faut le dire dans le commentaire, car ce caractère restrictif est confirmé par la doctrine et par la jurisprudence, par exemple l'arrêt rendu dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)*, dans laquelle la CIJ était confrontée à des promesses et des déclarations d'acceptation de sa compétence.

16. Une autre question abordée dans le rapport est celle de la classification des actes unilatéraux, une tâche qui, bien qu'ardue, pourrait faciliter l'agencement du projet d'articles. On a dit à juste titre que des règles communes applicables à tous les actes unilatéraux ne peuvent être élaborées. Si une classification peut être un exercice académique, elle pourrait contribuer à regrouper et à structurer les projets d'article. Même si la classification n'est pas possible pour le moment, la Commission devrait prendre une décision définitive sur le point de savoir s'il faut élaborer des règles pour une catégorie d'actes unilatéraux, par exemple les promesses, par lesquelles l'État auteur contracte des obligations unilatérales. Le Rapporteur spécial indique que dans son prochain rapport il pourrait examiner les questions complexes du retrait, de la modification, de la cessation et de l'extinction des actes unilatéraux, ce qui serait plus facile si l'on retient un seul type d'acte.

17. À l'évidence, le retrait d'un acte unilatéral ne peut faire l'objet d'une règle applicable à tous les actes. Le retrait d'une promesse ou d'un acte par lequel un État contracte une obligation unilatérale ne semble pas être la même chose que celui d'un acte par lequel un État réaffirme un droit. La situation peut être et est différente selon

qu'il s'agit d'une promesse ou d'une protestation. L'État auteur peut-il retirer l'acte unilatéral dans les deux cas, ou est-ce que cette faculté est limitée dans un cas ou dans les deux ? Une question semblable se pose en ce qui concerne la modification d'un acte unilatéral. Un État peut-il modifier unilatéralement un acte unilatéral, en d'autres termes sans la participation du destinataire de l'acte, ou l'acquiescement du destinataire est-il requis, comme dans les relations conventionnelles ?

18. L'extinction et la suspension de l'application d'un acte unilatéral doivent être considérées en ayant à l'esprit les caractéristiques spécifiques de l'acte unilatéral, Là encore, il faut se demander si le régime de Vienne ne peut être transposé *mutatis mutandis* et s'il est possible d'élaborer des règles applicables à tous les actes unilatéraux, quelle qu'en soit la teneur. Les règles sur l'extinction des actes unilatéraux devraient être élaborées, pour le Rapporteur spécial, en s'inspirant de celles énoncées pour les traités aux articles 59 et suivants de la Convention de Vienne de 1969, et les conséquences de l'extinction et de la suspension de l'application d'un acte unilatéral devraient être envisagées sur la base des articles 70 et 72 de la Convention, mais compte dûment tenu des caractéristiques particulières de l'acte unilatéral. Les règles relatives à l'extinction et à la suspension de l'application des traités en raison de l'impossibilité d'exécuter le traité ou d'un changement de circonstances peuvent être rendues applicables aux actes unilatéraux. Il serait par contre plus difficile de transposer la règle de Vienne sur l'extinction ou la suspension de l'application d'un traité du fait de la conclusion d'un traité postérieur. Il en va de même de la règle sur l'extinction ou la suspension de l'application d'un traité en raison de sa violation. On pourrait envisager d'élaborer des règles sur l'extinction ou la suspension de l'application d'un acte en raison de la rupture des relations diplomatiques ou consulaires ou de la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général, des situations envisagées aux articles 63 et 64 de la Convention de Vienne de 1969.

19. Ces questions qui, de l'avis du Rapporteur spécial, ne peuvent faire l'objet de règles communes, pourraient être examinées par la Commission et le groupe de travail qui doit être créé, et les propositions et conclusions auxquelles aboutirait celui-ci pourraient être prises en considération en vue de l'élaboration du prochain rapport.

20. Les chapitres II à IV du cinquième rapport doivent bientôt être distribués et le Rapporteur spécial souhaite en dire quelques mots pour donner aux membres de la Commission une perspective d'ensemble. Ils portent sur les règles relatives au respect et à l'application des actes unilatéraux, et en particulier une règle inspirée de l'article 26 de la Convention de Vienne qui énoncerait le caractère obligatoire des actes unilatéraux. L'inclusion d'une règle *acta sunt servanda* peut être importante, mais la Commission pourrait s'en occuper lors de la seconde partie de sa session.

21. Le chapitre II du rapport abordera aussi les sujets importants de l'application de l'acte unilatéral dans l'espace et dans le temps. Dans les deux cas, le principe de non-rétroactivité et l'application sur tout le territoire de l'État semble pouvoir être transposé du droit des traités à celui des actes unilatéraux.

22. Jusqu'ici, des articles ont été présentés sur la définition des actes unilatéraux, la capacité des États de formuler des actes unilatéraux, les personnes autorisées à formuler des actes unilatéraux, la confirmation d'un acte formulé sans autorisation, les causes de nullité, *acta sunt servanda*, la non-rétroactivité des actes unilatéraux, l'application des actes unilatéraux dans l'espace, les règles générales d'interprétation et les moyens complémentaires d'interprétation. Un projet d'articles 6 sera présenté sur la détermination du moment à partir duquel l'acte produit des effets juridiques, qui peut être comparé au moment de l'entrée en vigueur d'un traité. Il est extrêmement important car, à partir de ce moment, l'acte est opposable, et ce moment peut avoir un effet sur le retrait, l'extinction, la modification et la suspension de l'application de l'acte.

23. Le Rapporteur spécial indique qu'il a soulevé un certain nombre de questions et qu'il attend avec intérêt les observations des membres de la Commission afin de pouvoir en tenir compte pour la suite de ses travaux.

24. M. GAJA, indiquant qu'il limitera ses observations à ce qui est nouveau dans les textes que vient de présenter le Rapporteur spécial, dit que, aux termes des articles 5 *a* à 5 *h*, seul l'État qui a formulé l'acte unilatéral peut invoquer une cause de nullité de l'acte. Cette solution ne semble pas suffisamment justifiée dans le rapport, qui, dans une certaine mesure, défend même une position différente. C'est ainsi qu'il est dit au paragraphe 118, par exemple, que tout État peut invoquer la nullité d'un acte unilatéral contraire à une norme impérative. Mais ce point n'est pas reflété à l'article 5 *f*, qui concerne uniquement l'invocation de la nullité par l'État qui a formulé l'acte unilatéral.

25. On peut douter que l'État auteur de l'acte unilatéral soit le seul sujet de droit habilité à en invoquer une cause de nullité. Les actes unilatéraux produisent aussi des effets pour d'autres sujets de droit international qui peuvent, au moins dans certains cas, être considérés comme habilités à invoquer une cause de nullité. Assurément, leurs intérêts peuvent être affectés par l'existence de l'acte et ils peuvent n'être pas responsables de l'acte en cause. De ce fait, il faut se demander s'il ne serait pas justifié de donner à tous ces États, dans certaines circonstances, la possibilité d'invoquer eux aussi la nullité.

26. Quoi qu'il en soit, il serait préférable d'employer les termes utilisés aux articles 51 et 53 de la Convention de Vienne de 1969, relatifs aux traités affectés par la contrainte ou contraires à des normes impératives. Si les articles 46 à 50 de la Convention stipulent que les causes de nullité qu'ils prévoient peuvent être invoquées par un seul des États parties au traité, à savoir celui qui est affecté par l'erreur ou les autres causes de nullité, l'article 51 dispose qu'un traité est sans effet juridique, et les articles 52 et 53 disposent que le traité est nul en cas de contrainte ou si le traité est en conflit avec une norme impérative. On peut considérer que cela signifie que tous les États parties, et non un seul, peuvent invoquer la cause de nullité, mais aussi que cela implique un droit de regard des États autres que les États parties au traité, car il est de l'intérêt général qu'aucun traité ne soit en conflit avec une norme impérative. Ce souci est aussi justifié en ce qui concerne les actes unilatéraux frappés de la même cause de nullité.

27. Modifier le libellé de la Convention de Vienne de 1969 pour dire seulement, aux articles 5 *d*, 5 *e* et 5 *f*, que l'État auteur de l'acte unilatéral « peut invoquer » la nullité affaiblirait inutilement les dispositions relatives à la nullité correspondant à celles des articles 51 à 53 de la Convention de Vienne.

28. La référence faite à l'article a) par le Rapporteur spécial à l'intention de l'État auteur dans le cadre de l'interprétation des actes unilatéraux (par. 135) marque un progrès, même s'il manque un peu de conviction, en particulier si l'on tient compte de ce qui est dit au paragraphe 132 en ce qui concerne les travaux préparatoires, qui sont après tout le principal instrument pour déterminer l'intention de l'auteur. La référence aux travaux préparatoires est faite uniquement dans le contexte des moyens complémentaires d'interprétation et est placée entre crochets à l'article b) (ibid.), ce qui montre que c'est une considération mineure alors qu'en réalité cela est important et devrait être souligné s'agissant de l'intention.

29. Le Rapporteur spécial défend l'interprétation restrictive des actes unilatéraux. Mais, comme il le note lui-même au paragraphe 134, cette opinion n'est pas reflétée dans le texte des projets d'article, et aucune raison n'est donnée. Le Rapporteur spécial a simplement suggéré qu'un groupe de travail élabore un texte sur l'interprétation restrictive, mais, comme un tel texte aurait des retombées sur les articles a) et b), une proposition à cet égard aurait été utile.

30. M. Gaja dit que, pour la quatrième année consécutive, il souhaite réitérer sa conviction que seules une pratique plus abondante en matière d'actes unilatéraux et une analyse de cette pratique permettraient à la Commission de progresser raisonnablement dans l'étude du sujet.

31. M. PELLET dit qu'il a initialement eu l'impression que M. Gaja critiquait à tort le Rapporteur spécial, parce que, dans le texte français des articles 5 *f* et 5 *g*, il n'est pas indiqué que ce sont l'État ou les États auteurs d'un acte unilatéral qui peuvent invoquer la nullité absolue de cet acte s'il est en conflit avec le *jus cogens*. L'absence de référence à l'État auteur est contraire à l'intention exprimée au paragraphe 116 du rapport. Le texte anglais, quant à lui, contient l'expression « *State [or States] that formulate[s] a unilateral act may invoke* », etc. Que veut dire le Rapporteur spécial ? Quoi qu'il en soit, la version française est préférable à la version anglaise. En d'autres termes, M. Pellet est d'accord avec M. Gaja; en cas de nullité absolue d'un acte, tout État doit pouvoir l'invoquer. Mais si la version française des articles 5 *f* et 5 *g*, qui ne les limitent pas à l'État auteur, est correcte, M. Pellet ne pense pas que c'est uniquement lorsqu'un acte unilatéral est contraire à une norme impérative ou à une décision du Conseil de sécurité que la nullité peut être invoquée par tout État : elle devrait aussi pouvoir l'être dans le cas de menace ou d'emploi de la force. En d'autres termes, la Commission devrait probablement réintroduire sous cette forme la distinction entre nullité absolue et nullité relative retenue dans la Convention de Vienne de 1969.

32. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que la version espagnole est bien entendu le texte de référence; sa traduction est le travail des traducteurs. Il essaie quant à lui de distinguer entre nullité absolue et nullité relative. Les articles 5 *f* et 5 *g* envisagent des causes de nullité absolue qui n'intéressent pas seulement l'État qui a formulé l'acte et peuvent naturellement être invoquées par tous les États. La Commission pourrait aussi vouloir examiner l'observation de M. Pellet relative à la menace ou à l'emploi de la force.

33. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, se référant à l'observation de M. Gaja sur les travaux préparatoires, se demande s'il est possible d'avoir accès aux travaux préparatoires s'agissant d'un acte unilatéral. Imaginons une importante déclaration qui n'a pas été consignée par écrit et dont le destinataire doit tenir compte et prendre note. Y a-t-il des travaux préparatoires dans un tel cas ? Comment peut-on avoir accès aux archives privées d'un État ? Est-ce que c'est une chose simple ? Est-ce qu'on peut citer des exemples concrets ?

34. M. KAMTO dit que, selon le Rapporteur spécial, le libellé de l'article 5 *f* est fondé sur la Convention de Vienne de 1969. Or, l'article 53 de la Convention dispose simplement qu'un traité « est nul ». Si l'on dit qu'un État « peut invoquer » la nullité, c'est pour affirmer la nullité absolue d'un acte unilatéral en conflit avec le *jus cogens*, et non pour créer une possibilité d'invocation de la nullité par tout État.

35. M. TOMKA dit qu'il est d'accord avec M. Gaja et qu'une distinction doit être faite entre les cas où la nullité des actes unilatéraux peut être invoquée et les cas dans lesquels ces actes sont nuls parce qu'ils sont en conflit avec les normes impératives du droit international. Dans ce dernier cas, l'acte est nul par l'effet de la sanction prévue par le droit international, et non parce que l'État qui a formulé l'acte ou un autre État a invoqué la cause de nullité. M. Pellet a dit que ce droit devrait être donné à d'autres États. M. Tomka pense quant à lui qu'un acte qui est contraire aux normes impératives du droit international est nul, que cette nullité soit ou non invoquée par un État.

36. M. GAJA présente ses excuses au Rapporteur spécial parce qu'il n'avait pas vu le texte espagnol et n'avait pas fait la distinction entre les articles 5 *d* et 5 *e*, où est visé « *el Estado* » [« l'État »], l'État qui est l'auteur de l'acte, alors qu'à l'article 5 *f* il s'agit d'« *un Estado* » [« un État »]. Mais comme l'ont également fait remarquer M. Kamto et M. Tomka, il est préférable d'utiliser le terme « nul », comme dans la Convention de Vienne, au lieu de dire que tout État peut invoquer la nullité de l'acte.

37. Quant à l'observation de M. Pambou-Tchivounda, la Commission a examiné la question des travaux préparatoires lors de la session précédente et les nouveaux membres doivent à n'en pas douter exprimer leur avis. Il est clair que l'une des conditions est que les travaux préparatoires soient accessibles.

38. M. KOSKENNIEMI dit que, en sa qualité de nouveau membre de la Commission, il tient à faire un certain nombre d'observations générales sur les articles 1 et 5.

39. Il éprouve des doutes profonds sur la direcion que prennent les travaux et sur leur contenu. Pour commencer, le caractère étrange du libellé des articles 1 et 5 dénote des problèmes fondamentaux. Par exemple, l'article premier définit les actes unilatéraux comme des actes

accomplis « dans l'intention de produire des effets juridiques ». L'article 5 utilise l'expression curieuse « formuler un acte unilatéral » et vise les conditions de nullité des actes unilatéraux ainsi que leur interprétation. Ceci donne à penser qu'un acte unilatéral est considéré comme un régime ou un droit purement volontaire, une sorte de promesse ou de déclaration unilatérale.

40. Initialement, le sujet a été conçu sous l'angle des déclarations unilatérales. À la suite de débats à la Sixième Commission et à la Commission, on en est venu à parler d'« actes unilatéraux » afin que les actes en question ne soient pas considérés comme des promesses réciproques que se font les États sur une base unilatérale. De telles promesses sont extrêmement rares et, en 17 ans de carrière diplomatique, M. Koskenniemi a du mal à se souvenir d'un seul cas dans lequel un État a unilatéralement fait une promesse et s'est considéré comme juridiquement lié par elle sans attendre de réciprocité d'un autre État. Il est donc réservé au sujet de l'expression « formuler un acte unilatéral ».

41. Dans la jurisprudence pertinente, à savoir les affaires des *Essais nucléaires*, du *Temple de Préah Vihéar* et de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, déjà mentionnées, l'État auteur lui-même n'a jamais considéré qu'il agissait afin de créer des effets juridiques. Au contraire, l'État s'est trouvé lié par son comportement ou par son abstention ou par ce qu'il avait dit ou n'avait pas dit, quelle que soit la formulation qu'il aurait pu faire quant à la manière dont il avait agi ou à ce qu'il avait dit.

42. Une différence entre le sujet des actes unilatéraux et certains autres sujets que la Commission a traités avec succès par le passé est que ces autres sujets concernaient des institutions juridiques qui pouvaient être définies et distinguées du reste de l'ordre juridique : la notion de traité, la responsabilité, la succession d'États et la protection diplomatique sont des sujets qui renvoient à des institutions juridiques pour lesquelles il existe des règles, des principes et une pratique abondante et que les juristes reconnaissent comme constituant un aspect de l'ensemble. Les actes unilatéraux ne sont pas comme cela. Ils ne renvoient pas à une institution juridique particulière. Il s'agit d'une expression fourre-tout utilisée pour décrire comment les États son parfois liés autrement que par l'effet d'institutions particulières ou comment les États agissent de manière particulière pour créer des effets juridiques. C'est la source de certaines des difficultés; la Commission essaie de codifier quelque chose qui n'existe pas en tant qu'institution juridique et elle ne sait pas comment le définir pour en faire une institution juridique.

43. Une deuxième difficulté tient au fait que la notion même d'acte unilatéral est fondamentalement ambivalente. Elle décrit deux choses différentes. D'une part, il s'agit d'une décision sociologique des États qui agissent. Les États accomplissent des milliers d'actes, et ils le font de manière unilatérale au sens où ils décident d'agir en tant qu'identité individuelle. Il y a des personnes sur le grand marché de la diplomatie qui se rencontrent ensuite dans les circonstances les plus diverses, contractant parfois, ou pas, des obligations. D'autre part, la notion renvoie également à un mécanisme juridique par lequel les actes des États créent des effets juridiques ou, en d'autres termes, par lequel l'ordre juridique projette des normes et des obligations sur la manière dont les États agissent et attachent des conséquences juridiques à leurs actions. C'est un mécanisme dans le cadre duquel l'ordre juridique agit sans tenir compte des acteurs eux-mêmes. En agissant, l'ordre juridique attache des conséquences aux actions des États.

44. Lorsque les États se réunissent dans le monde de la diplomatie, ils créent des attentes, dont la bonne foi exige qu'elles ne soient pas déçues. Ce processus est impossible à décrire comme un régime volontaire dans le cadre duquel les États ont l'intention de créer des effets juridiques et formulent des actes à cet effet. On peut prendre l'exemple des affaires des *Essais nucléaires (Australie c. France)*. Dans ces affaires, la CIJ a jugé que la France était liée par certaines déclarations unilatérales faites par des responsables français pour deux raisons. Premièrement, un hommage symbolique à été rendu au régime volontaire traditionnel de la diplomatie en affirmant que, lorsqu'un État avait l'intention d'être lié par les déclarations qu'il faisait, il devait l'être. Puis, deux paragraphes plus bas dans son arrêt, la Cour se contredit en disant que la bonne foi et la confiance dans les relations internationales et la nécessité de la confiance exigent des États qu'ils tiennent parole, qu'ils aient ou non voulu être liés. Bien entendu, les conseils de la France ont immédiatement déclaré que des hommes politiques avaient simplement fait des déclarations, mais qu'ils n'avaient pas l'intention de créer des effets juridiques ni d'être liés. Ceci montre l'importance du deuxième aspect de l'arrêt de la Cour. La France était liée en raison de l'intention qui motivait ses actes, quoi qu'aient pu penser le Président, le Ministre des affaires étrangères ou des diplomates lorsqu'ils avaient fait leurs déclarations. Ainsi, les États sont liés parce que, par leurs actions unilatérales, ils créent des attentes parmi les autres États. L'expression de la volonté ne peut être décisive pour deux raisons : il est impossible de connaître la volonté des États et, plus important, rien n'empêche les États de changer d'avis et de décider un beau jour qu'ils ne veulent plus être liés par les déclarations qu'ils ont faites antérieurement. C'est là que l'importance du deuxième aspect de l'arrêt rendu par la Cour dans l'affaire des *Essais nucléaires (Australie c. France)* devient claire. La bonne foi et la nécessité de la confiance exigent que, si un État crée une attente quant à son comportement futur, il soit lié par cette attente, qu'il ait ou non voulu être lié.

45. Ainsi, il s'agit de quelque chose d'autre qu'une promesse. Un État peut être lié par n'importe quel type d'action. Le Rapporteur spécial a distingué quatre grands types d'actes unilatéraux; mais il y en a d'autres. Un État peut être lié parce qu'il a gardé le silence, parce qu'il a fait ou s'est abstenu de faire quelque chose, etc., quel qu'ait été son état d'esprit. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, du *Temple de Préah Vihéar* et de la *Sentence arbitrale rendue par le Roi d'Espagne le 23 décembre 1906*, les États n'étaient pas liés parce qu'ils avaient promis, parce qu'ils avaient eu l'intention d'être liés ou parce que le Ministère des affaires étrangères avait formulé un acte unilatéral sous la forme diplomatique ou que des promesses avaient été faites à d'autres gouvernements sur la base desquelles des traités et des contrats devenaient alors obligatoires. Ils s'étaient conduits d'une manière particu-

lière et s'étaient trouvés liés en raison de la logique de la situation.

46. La conclusion simple qu'on peut en tirer est que l'ordre juridique confère une force obligatoire à certains actes de manière différente des traités ou d'autres institutions juridiques, dans la mesure où il s'agit de créer non un droit universel mais un droit contextuel, une opposabilité bilatérale qui existe entre l'État qui agit et les États chez lesquels des attentes ont été créées par un acte particulier. Les affaires en question, et même l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*, ne concernent pas la création de droit général, mais des obligations bilatérales ou peut-être trilatérales, parce que les attentes étaient bilatérales ou trilatérales et parce que la bonne foi impliquait la nécessité de contextualiser l'effet. Quels que fussent les pays en cause dans chaque cas, il y a eu opposabilité et l'ordre juridique n'a pas interprété un acte mais l'ensemble du contexte. Quel a été le message de l'auteur, quelle qu'ait été son intention ? Comment ce message a-t-il été reçu par d'autres ? Pour interpréter ce qui s'était passé dans cette relation particulière, que pouvait-on raisonnablement et de bonne foi attendre ? On ne peut énoncer de règles générales, parce que les relations particulières comme celles qui liaient la France, la Nouvelle-Zélande et l'Australie dans les affaires des *Essais nucléaires* ou le Cambodge et la Thaïlande dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* étaient le produit d'une longue histoire et d'une situation géographique qui ne peuvent être généralisées. L'opposabilité créée par des actes unilatéraux ne peut faire l'objet de critères généraux d'interprétation, parce qu'elle n'entre pas dans les institutions internationales et concerne ce qui est raisonnable dans le contexte du comportement humain et de l'histoire des États concernés.

47. Ainsi, toute analogie avec la Convention de Vienne de 1969 est inappropriée. C'est ce qu'on voit dans la référence bizarre et artificielle, dans les articles, à la nullité des actes unilatéraux. Un acte est un acte; il n'existe pas dans la sphère de la validité, mais dans le monde de la sociologie. C'est l'ordre juridique qui projette une obligation sur l'acte, et la manière dont l'acte est interprété donne une idée sur le point de savoir s'il y a obligation ou non. L'ambiguïté fondamentale qui est au cœur de l'acte unilatéral peut être comparée à un mariage de *common law*; bien que la relation n'ait pas été officialisée, les parties ont acquis certains devoirs en se comportant comme elles l'ont fait, et ces devoirs ne peuvent être ultérieurement rejetés pour la seule raison qu'une des parties ne souhaite plus être liée par les engagements pris.

48. En conséquence, l'ensemble de l'entreprise est sur une mauvaise voie, comme le montre la gaucherie de la terminologie utilisée, et M. Koskenniemi ne pense pas qu'on puisse remédier au problème en modifiant les projets d'article ici ou là. S'il comprend les sentiments du Rapporteur spécial, de M. Pellet et des autres membres qui examinent la question des actes unilatéraux depuis cinq ans, il estime quant à lui que le sujet gagnerait à être reformulé en tant qu'institution juridique.

49. La Commission devrait abandonner le schéma volontariste reposant sur les intentions des États et axer son étude sur les aspects raisonnables de la question du point de vue des attentes créées et des obligations juridiques contractées. Elle devrait aussi abandonner toute analogie avec le droit des traités, qui adopte une approche impersonnelle de l'ensemble du domaine de la diplomatie, et devrait fonder ses considérations sur le droit des relations sociales, dans le cadre desquelles les individus exercent plus ou moins de pouvoirs dans le réseau complexe de leurs relations. Enfin, elle devrait limiter le sujet aux institutions juridiques historiques que les praticiens du droit reconnaissent, comme la reconnaissance des États et des gouvernements. À cet égard, M. Koskenniemi pense avec M. Gaja qu'un examen plus exhaustif de la pratique des États serait utile.

50. M. SIMMA dit qu'il souscrit dans une très large mesure à la philosophie comme au contenu des observations de M. Koskenniemi. Lors de la précédente session de la Commission, il a lui-même soutenu que le sujet sous sa forme actuelle n'était pas vraiment prêt à être codifié. Il pense toutefois que M. Koskenniemi va trop loin et il ne peut accepter son diagnostic. La démarche que suit actuellement la Commission lui permettra de rendre compte d'un certain type d'acte unilatéral, un type qui existe bien aux yeux du Rapporteur spécial et de la majorité des membres mais qui représente seulement une petite partie du sujet plus large auquel songe M. Koskenniemi.

51. Certes, normalement l'État ne formulera pas un acte unilatéral sans en tirer un bénéfice, et de tels bénéfices ne constituent pas nécessairement la réciprocité. Par exemple, l'Allemagne a récemment refusé de faire droit à une demande turque d'extradition concernant le dirigeant allégué d'un mouvement islamiste en l'absence d'une promesse liant la Turquie selon laquelle, si l'intéressé était reconnu coupable, il ne serait pas passible de la peine de mort. Un différend s'est élevé sur la question de savoir quel organe national était compétent pour faire une telle promesse; la Turquie maintient que c'est le Parlement, alors que l'Allemagne estime que seul le Gouvernement turc lui-même a le pouvoir de le faire.

52. Cet exemple montre qu'il existe une base logique pour le projet d'article relatif aux représentations des États dans la formulation des actes unilatéraux, une question qui n'est pas examinée dans le cinquième rapport du Rapporteur spécial. Initialement, M. Simma se demandait si de telles situations pouvaient exister mais il voit maintenant que, si elles ne sont pas très courantes, elles existent néanmoins. De plus, si l'affaire en question implique un avantage pour le Gouvernement turc – l'extradition de l'intéressé –, il serait inexact de parler de réciprocité. Par le passé, la Commission n'a jamais envisagé d'actes unilatéraux par lesquels un État se liait intentionnellement au moyen d'une déclaration à laquelle il n'avait rien à gagner. De plus, il n'y a pas de contradiction entre l'intention d'être lié comme élément des actes unilatéraux d'une part, et une déclaration créant des attentes légitimes de l'autre; les deux notions sont complémentaires. Et comme le montre l'exemple que M. Simma a donné, la Convention de Vienne s'applique aux actes unilatéraux dans certains cas.

53. Lors de la cinquante-troisième session de l'Assemblée générale, le Rapporteur spécial sur les réserves aux traités, M. Pellet, a présenté à la Sixième Commission un projet de directive sur les déclarations des États selon lesquelles l'adhésion à un traité donné n'impliquait pas la reconnaissance d'un autre État. En tant que professeur

de droit, M. Simma estime ces affaires fascinantes. Toutefois, les États Membres ont immédiatement objecté que la question était de nature politique et que la Commission devait la laisser de côté. Il craint donc que, en dépit du projet de programme de travail établi par Lauterpacht en 1949, la Commission ne soit pas une instance au sein de laquelle ont peut s'occuper des droits de l'homme ou de questions hautement politiques comme la reconnaissance de gouvernements. Avec les nouveaux membres, la situation changera peut-être.

54. M. PELLET dit que le droit international n'est pas fondé entièrement sur l'expression de la volonté des États et qu'il est manifeste que, dans la mesure où ils sont liés par leurs obligations conventionnelles et par leurs actes unilatéraux, c'est par leur propre volonté individuelle ou collective. Dans les affaires des *Essais nucléaires*, la CIJ a pris une attitude logique et cohérente en refusant d'accepter la position française; elle a jugé que la France avait pris un engagement qui la liait de ne pas procéder à de nouveaux essais nucléaires atmosphériques dans la région du Pacifique Sud et était tenue de le respecter au nom de la bonne foi. Ainsi, M. Pellet ne voit aucune différence entre les deux paragraphes que M. Koskenniemi considère comme contradictoires. Pourquoi les États sont-ils liés par le mécanisme des traités ? C'est parce qu'ils souhaitent être liés et limiter leur liberté d'action. Il en va de même lorsque les États formulent des actes unilatéraux. Il est indispensable pour l'harmonie des relations interétatiques que les États soient liés par l'expression de leur volonté; M. Pellet ne voit aucune différence entre la déclaration de M. Koskenniemi selon laquelle les États peuvent à un moment ne plus souhaiter être liés par un acte unilatéral qu'ils ont formulé et le fait que les États parties à un traité demeurent liés par cet instrument même s'ils regrettent ultérieurement d'y avoir adhéré. De plus, l'affirmation selon laquelle les États ne font rien sans réciprocité n'est pas exacte. Certes, les États ont toujours un intérêt, mais la réciprocité a un sens particulier en droit international. En ce qui concerne l'exemple de M. Simma, l'Allemagne n'est pas le seul État à assujettir l'extradition à des conditions – le problème s'est posé dans le cas de demandes d'extradition d'Européens vers, notamment, les États-Unis d'Amérique – et s'il ne s'agit peut-être pas, à proprement parler, de réciprocité, il y a un certain équilibre des intérêts. Mais parler de réciprocité crée une certaine confusion.

55. Sous l'aspect de la contextualité, les observations de M. Koskenniemi sont beaucoup trop abstraites. Il y a une forme de réalité juridique qui peut être assimilée à la réalité sociale, la première étant la superstructure et la seconde l'infrastructure, pour utiliser une terminologie marxiste quelque peu obsolète. M. Koskenniemi semble dire que la superstructure ne l'intéresse pas parce qu'elle ne peut pas être séparée de l'infrastructure. Toutefois, cela n'a pas d'importance pour les juristes; ce qui compte, c'est de recenser les règles.

56. La position de M. Koskenniemi implique un réexamen non seulement du sujet des actes unilatéraux mais du droit international dans son ensemble, et la tâche de la Commission est seulement de mettre de l'ordre dans des problèmes compliqués. Il est parfaitement possible d'établir une série de règles générales minimales régissant les actes unilatéraux; on peut critiquer le travail du Rapporteur spécial sur certains points de détail, mais le droit international est une réalité, et il n'y a rien à gagner à le diluer au moyen de considérations qui, pour M. Pellet, sont extrajuridiques.

57. M. DUGARD dit que les questions soulevées par M. Koskenniemi ouvrent un débat plus large. Il est vrai que le sujet des actes internationaux n'est comparable à aucun autre de ceux que la Commission a étudiés par le passé. Par exemple, dans le cas de la protection diplomatique, sujet dont il est le rapporteur spécial, la doctrine et la jurisprudence sont très abondantes et il s'agit de choisir entre des règles incompatibles et concurrentes qui se dégagent de la pratique des États. Pour les actes unilatéraux, il n'y a pas de doctrine et de jurisprudence comparables, ce qui rend la tâche du Rapporteur spécial plus difficile. Mais il existe des règles et une pratique des États sur des questions comme la reconnaissance des États, et M. Dugard pense que la Commission pourrait associer codification et développement progressif dans de tels domaines. M. Simma a noté à juste titre que la Commission avait scrupuleusement évité la question de la reconnaissance des États, mais il ne pense pas quant à lui qu'il faille l'éviter parce qu'elle est trop délicate politiquement; si la Commission veut servir à quelque chose, elle doit être prête à s'attaquer à de telles questions.

58. Les réponses des gouvernements (A/CN.4/524) au questionnaire sur les actes unilatéraux[2] sont extrêmement intéressantes. En particulier, les observations du Portugal sur le traité relatif à la fosse de Timor[3] vont au-delà des relations entre le Portugal et l'Australie parce qu'elles indiquent la position du Gouvernement portugais sur le statut du Timor oriental.

59. M. Dugard admet que la Convention de Vienne de 1969 ne peut être reprise à tous égards, mais elle peut fournir des indications et donner lieu à un débat fructueux sur la mesure dans laquelle elle s'applique aux actes unilatéraux. Par exemple, à la différence du Rapporteur spécial, il pense qu'il est possible pour la Commission d'étudier l'objet et le but des actes unilatéraux comme guide d'interprétation de ces actes.

60. La Commission a pratiquement épuisé la liste des sujets traditionnels du type que Lauterpacht avait proposé en 1949. Elle est donc obligée d'entreprendre de nouvelles études qui constituent un défi mais lui offrent aussi la possibilité de faire œuvre novatrice dans le domaine du développement progressif et de la codification.

61. M. FOMBA dit que, si les questions soulevées par M. Koskenniemi – le droit, la sociologie, les institutions et les mécanismes – posent des problèmes épistémologiques, il existe un lieu dialectique entre elles. La réponse à la question de savoir si les actes unilatéraux sont une institution dépend de la définition de ce terme. Assurément, il y a des événements importants et des actions des États qui méritent d'être examinés dans le cadre du droit international. Aux termes de l'article 15 de son statut, qui définit les

[2] Voir 2720e séance, note 7.

[3] Traité conclu en mer de Timor le 11 décembre 1989 entre l'Australie et l'Indonésie sur la zone de coopération dans une aire située entre la Province indonésienne du Timor oriental et l'Australie septentrionale, *Australian Treaty Series 1991, No. 9*, Canberra, Australian Government Publishing Service, 1995.

notions de codification et de développement progressif du droit international, la Commission a pour tâche de créer des institutions lorsqu'il n'en existe pas et de donner des éclaircissements le cas échéant. Les actes unilatéraux ne sont pas un mythe, et l'analogie avec la Convention de Vienne de 1969 est, *mutatis mutandis*, inévitable.

62. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il doute sérieusement de la pertinence de l'approche plus que simpliste proposée par M. Koskenniemi dans son réquisitoire apocalyptique, une approche selon laquelle les traités, en tant qu'actes de volonté, sont les seuls moyens de réglementer le « marché mondial de la diplomatie ». La relation entre la volonté d'un État et son intention est difficile à discerner et, du point de vue tant logique que chronologique, il est difficile de tracer la limite entre les domaines de la volonté et l'intention.

63. Tenir pour valide l'approche de M. Koskenniemi impliquerait que l'on transforme nombre des outils de travail utilisés par les praticiens et les théoriciens du droit dans leurs activités quotidiennes. Elle impliquerait que les ministres des affaires étrangères aillent contre les faits en conduisant les affaires de la nation uniquement sur la base des traités internationaux et en ignorant tous les autres actes au motif que, selon M. Koskenniemi, ces actes n'existent pas. Pourtant, le silence d'un État peut être aussi éloquent qu'une déclaration écrite ou orale.

64. Accepter cette approche impliquerait que l'on remanie radicalement le paragraphe 1 de l'article 38 du Statut de la CIJ, afin qu'il dispose que la Cour, dont la fonction est de juger conformément au droit international les différends qui sont portés devant elle, ne doit appliquer pour ce faire que les conventions internationales. Elle impliquerait que l'on récrive tous les chapitres des manuels qui traitent des sources du droit international. M. Koskenniemi a raison de mettre en question l'analogie avec le droit des traités. Malheureusement, il ne propose aucune autre approche viable, si ce n'est celle qui consiste à affirmer de manière hautement contestable que le sujet n'a tout simplement pas sa place en droit international.

65. Mme ESCARAMEIA félicite M. Koskenniemi de ses propositions radicales et brillamment exposées, même si elle ne peut malheureusement pas souscrire à ses conclusions et à nombre de ses conditions. Ce que M. Koskenniemi semble dire en substance, c'est que, premièrement, les actes unilatéraux ne sont pas un sujet d'étude approprié pour la Commission, puisqu'ils concernent une relation sociale et non une relation juridique et ne peuvent donc être codifiés et, deuxièmement, qu'on ne peut formuler aucune règle générale, car de tels actes ne créent que des attentes bilatérales et doivent être contextualisés. La solution qu'il propose est que la Commission abandonne le schéma volontariste reposant sur les intentions des États et l'analogie avec le droit des traités, et axe son étude sur certains domaines de la pratique comme la reconnaissance des États ou des gouvernements.

66. Sur le premier point, Mme Escarameia ne pense pas quant à elle que le domaine des actes unilatéraux ne se prête pas à réglementation. Même s'il apparaît finalement qu'il y a plus d'exceptions que de règles, il y a bien des règles, et elles sont la seule base viable pour poursuivre les travaux. Elle ne pense pas non plus que les actes unilatéraux ne créent que des attentes bilatérales et donc ne se prêtent pas à codification. Les actes unilatéraux peuvent parfois être de portée plus générale. Par exemple, les protestations que le Portugal a faites au sujet du traité relatif à la fosse de Timor entre l'Australie et l'Indonésie ont eu un effet si large qu'elles ont affecté d'autres États et même d'autres entités comme des sociétés multinationales ayant des intérêts dans la région. De même, le Portugal a plusieurs fois affirmé que le droit à l'autodétermination du peuple du Timor oriental avait un caractère *erga omnes* – ce qu'a ultérieurement confirmé la CIJ dans l'affaire du *Timor oriental*.

67. Quant à savoir comment la Commission doit procéder, si la proposition d'abandonner le schéma volontariste n'est pas sans mérite, il n'y a pas actuellement de meilleure solution que l'analogie avec le droit des traités. La Commission doit résister à la tentation d'être trop ambitieuse, et devrait élaborer quelques règles minimales générales régissant les actes unilatéraux, avant de passer à l'examen d'un ou de plusieurs des quatre types d'actes énumérés par le Rapporteur spécial. Parmi ces actes, c'est la reconnaissance qui semble avoir le plus de potentiel comme sujet d'étude.

68. Mme XUE dit qu'il faut féliciter le Rapporteur spécial des progrès qu'il a accomplis dans l'étude du sujet, un sujet qui ne se prête pas facilement à la formulation de règles. En tant que praticienne, elle partage nombre des réserves de M. Koskenniemi à cet égard. Toutefois, encore en tant que praticienne, elle connaît pertinemment l'importance considérable des actes unilatéraux dans les relations internationales. À cet égard, elle pense comme M. Simma que M. Koskenniemi devrait prendre garde à ne pas « jeter le bébé avec l'eau du bain ». Outre les obligations conventionnelles et les obligations résultant du droit international coutumier, il est clair qu'il existe aussi des obligations internationales découlant des actes unilatéraux des États. Pour prendre un exemple évident, celui de la reconnaissance, il s'agit d'un acte unilatéral politique qui a également des effets juridiques sur le plan international. Le Rapporteur spécial devrait peut-être moins axer son étude sur le comportement et les intentions de l'État auteur et davantage sur les effets de l'acte unilatéral pour les autres États.

69. On peut ajouter d'autres exemples à celui qu'a donné M. Simma en ce qui concerne l'extradition et la peine de mort. La Déclaration conjointe du Gouvernement de la République populaire de Chine et du Gouvernement du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord sur la question de Hong-Kong[4] et le Communiqué conjoint de la Chine et des États-Unis d'Amérique sur la reconnaissance mutuelle, bien qu'ils soient considérés comme des traités, sont en fait tous deux des déclarations unilatérales faites par chacune des deux parties, qui mettent à la charge d'une partie des obligations contraignantes et reconnues comme telles par l'autre partie.

70. La Commission devrait commencer par examiner des exemples d'actes unilatéraux comme la reconnaissance et la promesse afin de déterminer si l'on peut énoncer des règles générales. C'est une tâche difficile mais qui peut être gratifiante. Si une analogie trop étroite avec le

[4] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1399, nº 23391, p. 33.

droit des traités semble poser des problèmes, Mme Xue estime que certaines dispositions conventionnelles pourraient utilement être analysées.

71. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que celle-ci doit se garder de diluer des obligations « dures » au regard du droit des traités en faisant des analogies entre ces obligations et les obligations plus faibles contractées dans le cadre des actes unilatéraux.

72. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), répondant aux observations de M. Koskenniemi, dit que les actes unilatéraux sont un fait du droit international. La réciprocité n'a pas à être un élément nécessaire des actes unilatéraux, car elle est parfois absente dans les relations conventionnelles. Le régime de Vienne est aussi un point de référence obligé car il constitue un dénominateur commun entre les deux systèmes. La pratique, certes difficile à identifier, donne à penser qu'il existe certaines catégories d'actes juridiques. De plus, comme on l'a fait observer dans le cadre du débat sur les réserves aux traités, souvent la formulation de règles stimule l'évolution de la pratique.

73. M. KOSKENNIEMI dit qu'il souhaite éclaircir la question de la relation entre les actes, les institutions et les obligations. Les actes unilatéraux existent comme un phénomène dans le monde social. Ces actes sont parfois liés à des institutions juridiques comme les traités et le droit coutumier. Ainsi, par l'institution d'un traité, une série d'actes peut créer des obligations juridiques. La coutume opère de la même manière : lorsque des conduites étatiques isolées deviennent suffisamment générales pour qu'il soit possible de projeter sur elles la fiction de l'*opinio juris*, il en résulte une obligation. Toutefois, dans le cas des actes unilatéraux, on voit mal quelle institution transforme un acte en une obligation. Selon une thèse, une telle institution n'existe pas, et les actes unilatéraux n'entrent tout simplement pas dans le domaine du droit. Parfois, pourtant, comme dans la jurisprudence que M. Koskenniemi a citée, une institution invisible crée un lien entre un acte et une obligation. Cette institution invisible est une conception amorphe de ce qui est juste et raisonnable dans une circonstance particulière. La Commission pourrait vouloir formuler des principes généraux décrivant comment les relations particulières entre États en arrivent à les lier. Tenter de le faire constitue un projet extrêmement ambitieux bien qu'extrêmement méritoire; et, en tant que praticien, M. Koskenniemi doute que cela soit possible.

74. À défaut, la Commission pourrait vouloir combler le vide résultant de l'absence d'institutions juridiques en examinant l'institution de la reconnaissance des États, une institution qui, si elle opère à un niveau différent des traités ou de la coutume, n'en sert pas moins de lien entre des formes de comportement et des obligations juridiques. Si, toutefois, la Commission entend suivre la première voie, plus ambitieuse, il lui faudra sortir du système existant de droit international, dans lequel les relations diplomatiques reposent sur des actes volontaires, pour passer à un système dans lequel les États, comme les individus dans la société, sont liés par une sorte de « *welfarism* », peut-être afin d'aller plus loin que sir Henry Maine : du statut au contrat et à la justice.

75. M. PELLET dit que la raison pour laquelle les traités doivent être respectés est résumée par l'adage *pacta sunt servanda*. Un aspect intéressant de l'entreprise de codification proposée par le Rapporteur spécial est l'idée que, *mutatis mutandis*, il en va de même des actes unilatéraux : en d'autres termes, *acta sunt servanda*. Les conditions précises dans lesquelles ce dernier adage est applicable devront bien entendu être définies. Toutefois, il n'appartient pas à la Commission de se plonger dans les raisons abstruses qui sous-tendent ce principe. Une chose est sûre : si le Rapporteur spécial devait entendre les appels de ceux qui défendent une telle approche, toute tentative de codification et de développement progressif dans ce domaine est vouée à l'échec.

76. M. TOMKA dit que le premier et le dernier des éléments du système de M. Koskenniemi fondé sur les actes, les institutions et les obligations sont incontroversés. Toutefois, une grande partie de la confusion qui marque le présent débat est imputable au deuxième élément, à savoir les institutions. Pour M. Koskenniemi, cette catégorie ne comprend que les traités et la coutume. M. Tomka a l'impression que plusieurs membres de la Commission ont quelques doutes sur la validité de cette opinion.

77. M. KABATSI se félicite d'avoir pu une nouvelle fois participer aux travaux de la Commission. Il se réjouit en particulier que, pour la première fois, elle compte des femmes parmi ses membres. Cet événement historique fera taire ceux qui l'accusaient de ne pas tenir compte des questions de parité des sexes et rendra ses travaux plus fructueux.

La séance est levée à 13 h 5.

2723e SÉANCE

Mercredi 22 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États *(suite)* [A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2[1], A/CN.4/521, sect. D]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. AL-BAHARNA tient à rendre hommage au Rapporteur spécial, dont il juge le cinquième rapport (A/CN.4/525 et Add.1 et 2) excellent. Il relève avec intérêt que le chapitre premier du rapport est consacré à un rappel de quelques questions fondamentales à la lumière des débats qui ont eu lieu tant à la Commission qu'à la Sixième Commission. Il note à ce propos que la question qui a été le plus souvent évoquée à la Sixième Commission a été celle de la classification des actes unilatéraux. Certaines délégations ont estimé nécessaire d'accorder la priorité à la classification des actes unilatéraux avant de formuler des règles sur le sujet, et d'autres, au contraire, ont fait valoir que la classification des actes unilatéraux ne revêt pas nécessairement quelque importance ou utilité pour les États et que l'essentiel véritablement est de savoir si un acte unilatéral produit un effet contraignant à l'égard de son auteur et si d'autres États peuvent s'en remettre au caractère contraignant de l'acte en question.

2. Il est à noter à ce propos que, dans son quatrième rapport[2], le Rapporteur spécial a souscrit à l'idée de classer les actes unilatéraux en fonction de leurs effets juridiques et proposé dans cette perspective de les ranger sous deux grandes catégories, concernant la première les actes unilatéraux par lesquels l'État contracte une obligation, et la seconde les actes unilatéraux par lesquels l'État réaffirme un droit ou une prétention. Il était alors prévu de commencer par traiter de la première catégorie en formulant des règles communes applicables à tous les actes unilatéraux qui en relèvent, puis d'élaborer des règles spécifiques pour les actes unilatéraux appartenant à la seconde catégorie. Or, il ressort clairement du cinquième rapport à l'étude que le Rapporteur spécial s'est écarté de cette démarche. Il s'en explique au paragraphe 138 et renvoie la question de la classification des actes unilatéraux à la Commission, par l'entremise d'un groupe de travail, pour avis. Il apparaît cependant, à la lecture du paragraphe 145 du rapport, que le Rapporteur spécial persiste à croire que cette question de la classification est importante.

3. M. Al-Baharna fait observer qu'au paragraphe 144 du rapport le Rapporteur spécial confirme que la Commission a considéré, à la lecture des réponses au questionnaire sur les actes unilatéraux des États élaboré en 1999[3], que les actes unilatéraux les plus importants sont la promesse, la reconnaissance, la renonciation et la protestation. Il rappelle avoir indiqué lors de son intervention sur le sujet à la session précédente que certains types d'actes unilatéraux comme la promesse, la reconnaissance et la renonciation entrent dans la première catégorie des actes unilatéraux – celle par lesquels l'État contracte une obligation – et qu'à ce titre ils pourraient être assujettis à une règle générale et que le projet d'article premier sur la définition de l'acte unilatéral leur serait applicable. En revanche, la protestation s'inscrit dans la seconde catégorie des actes unilatéraux, celle par lesquels un État réaffirme un droit ou une prétention. Il s'agit dans tous les cas d'actes unilatéraux qui, lorsqu'ils sont dûment formulés à une fin précise et notifiés au destinataire, produisent les effets juridiques que l'État auteur entend produire.

4. À propos des déclarations de neutralité, M. Al-Baharna indique avoir dit à la session précédente que celles-ci, à son avis, produisent un effet juridique analogue à celui d'une renonciation et d'une promesse, mais il note que, pour certains membres de la Commission et certaines délégations à la Sixième Commission, une déclaration de neutralité appartient aux deux catégories d'actes unilatéraux mentionnées et qu'en conséquence elle peut à la fois créer des obligations et réaffirmer des droits.

5. Enfin, M. Al-Baharna déclare souscrire à la conclusion émise par le Rapporteur spécial au paragraphe 146 de son rapport selon laquelle, pour des raisons d'ordre pratique, certaines règles, notamment celles relatives à la formulation des actes et à leur interprétation, peuvent être considérées comme étant communes à tous les actes unilatéraux.

6. Passant aux projets d'article proposés par le Rapporteur spécial au fil des ans et dont certains ont été renvoyés au Comité de rédaction, M. Al-Baharna note que le rapport à l'étude renferme une version révisée du projet d'article 5, soumis initialement dans le troisième rapport[4] et énonçant dans un seul et même texte les causes de nullité de l'acte unilatéral. Le nouveau texte, divisé en plusieurs articles consacrés chacun à une cause de nullité, s'inspire des articles 46 à 53 de la Convention de Vienne de 1969, sans toutefois en reprendre la terminologie. C'est pourquoi il propose pour les articles 5 *d*, 5 *e*, 5 *f*, 5 *g* et 5 *h* le nouveau libellé suivant, qui se rapproche de la terminologie de la Convention :

« Article 5 *d* : Un acte unilatéral formulé par un État est dépourvu de tout effet juridique si, tel que formulé, il a été obtenu par la contrainte exercée sur la personne qui l'accomplit au moyen d'actes ou de menaces dirigés contre elle.

Article 5 *e* : Est nul tout acte unilatéral formulé par un État dont la formulation a été obtenue par la menace ou l'emploi de la force en violation des principes du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies.

Article 5 *f* : Est nul tout acte unilatéral formulé par un État qui, au moment de sa formulation, est en conflit avec une norme impérative du droit international général.

Article 5 *g* : Est nul tout acte unilatéral formulé par un État qui, au moment de sa formulation, contrevient à une décision du Conseil de sécurité.

Article 5 *h* : Est nul tout acte unilatéral formulé par un État qui, au moment de sa formulation, est

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[2] *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/519.

[3] Voir *Annuaire... 1999*, vol. II (2e partie), chap. VIII, par. 593 à 596, p. 147.

[4] *Annuaire... 2000*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/505.

contraire à une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État qui en est l'auteur. »

7. M. Al-Baharna précise que l'article 5 *g* qu'il propose ne figure pas dans le régime prévu par la Convention de Vienne de 1969 et que l'article 5 *h* est une adaptation de l'article 46 de ladite Convention.

8. M. Al-Baharna, s'étant déjà exprimé sur le projet d'article premier et les projets d'articles a) et b) consacrés aux règles d'interprétation de l'acte unilatéral, n'y reviendra pas pour le moment, mais se réserve le droit de le faire au besoin à un stade ultérieur.

9. En conclusion, M. Al-Baharna tient à partager l'optimisme que des membres de la Commission ont affiché quant à l'opportunité du sujet à l'étude. Certes, les travaux de la Commission ont été laborieux. Quant au Rapporteur spécial, après avoir présenté cinq rapports, il ne semble toujours pas avoir une totale maîtrise d'une matière pour laquelle il manque d'informations quant à la pratique suivie par les États et, s'il est parvenu à formuler des règles communes concernant la définition, la formulation et l'interprétation de l'acte unilatéral, les conditions de validité et les causes de nullité de l'acte unilatéral, c'est parce qu'il s'en tient à une adaptation des dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969. Or, des problèmes restent en suspens, comme la classification et le groupement des actes unilatéraux en fonction d'une règle commune applicable à tous les actes unilatéraux ou à un ensemble donné d'actes unilatéraux, la difficulté qu'il y a à établir fermement que les actes unilatéraux, une fois dûment formulés, auront un effet obligatoire pour l'État auteur et que les autres États destinataires pourront être assurés de ce caractère obligatoire et la question de savoir si un tribunal international peut faire respecter un acte unilatéral en cas de différend entre l'État auteur et l'État destinataire comme il peut le faire pour un traité valide entre ces deux États. Le Rapporteur spécial ne doit pas pour autant se décourager : il doit relever le défi et produire un ensemble de projets d'article, voire des conclusions ou des directives, en commençant par les quatre actes unilatéraux classiques que sont la reconnaissance, la renonciation, la promesse et la protestation, et en s'intéressant aussi à d'autres actions ou omissions comme le silence, l'acquiescement et l'estoppel, qui, eux, ne constituent pas des actes unilatéraux au sens juridique de l'expression. Quelle que soit la démarche qui sera adoptée, la Commission et le Rapporteur spécial devraient s'attacher à parvenir à une conclusion sur la poursuite de l'étude du sujet ou son abandon au plus tard à la fin de la session suivante. La Commission sera alors en mesure de faire rapport en conséquence à l'Assemblée générale, pour décision finale.

10. Mme ESCARAMEIA, se référant tout d'abord au projet d'article premier concernant la définition de l'acte unilatéral, se demande s'il ne conviendrait pas d'élargir la catégorie des destinataires de l'acte au-delà des États ou des organisations internationales à d'autres entités comme mouvements, peuples, territoires, voire le CICR.

11. Passant au chapitre premier du rapport, et plus précisément à des considérations générales sur les projets d'article relatifs à la validité et à la nullité de l'acte unilatéral, Mme Escarameia dit qu'elle ne voit aucun inconvénient à suivre les dispositions de la Convention de Vienne de 1969 retenues par le Rapporteur spécial, mais elle y ajouterait l'article 64 de la Convention, qui concerne la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*). À propos des personnes habilitées à représenter l'État dans la formulation d'un acte unilatéral, elle consent prudemment à inclure dans cette catégorie, outre les chefs d'État et de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, toute personne autorisée par l'État à formuler des actes unilatéraux susceptibles d'affecter d'autres États. À propos des vices de la manifestation de volonté, elle se demande si, dans la version anglaise du paragraphe 110 du rapport, le mot « *renunciation* » (en français « dénonciation ») a le même sens que le mot « *waiver* » (en français « renonciation »). Enfin, elle pense comme M. Gaja et M. Al-Baharna qu'il vaudrait mieux suivre la structure de la Convention de Vienne de 1969 en énonçant les effets de la nullité de l'acte unilatéral que préciser qui peut invoquer la nullité de l'acte unilatéral. À cet égard, la notion de « nullité » absolue pose problème et n'est pas facile à cerner. Pour ce qui est plus précisément de l'article 5 *a*, Mme Escarameia se demande si le mot « erreur » (« sur la base d'une […] ») n'est pas de trop. Mais peut-être s'agit-il tout simplement d'une question de rédaction. Toujours au sujet de cet article, elle fait observer qu'il est inopportun de parler de la manifestation de volonté ou du consentement de l'État « à être lié par l'acte » : par un acte unilatéral, un État peut tout simplement affirmer un droit.

12. En ce qui concerne en général la question de l'interprétation de la manifestation de volonté, Mme Escarameia s'interroge sur l'opportunité de faire appel aux travaux préparatoires, qui ne sont pas toujours aisément accessibles. À propos de l'article a) sur la règle générale d'interprétation et plus précisément du paragraphe 2, Mme Escarameia fait observer que le préambule et les annexes en question n'existent pas toujours. Quant au paragraphe 3, elle souhaiterait avoir des précisions sur l'expression « droit international » : s'agit-il de droit international régional, local, ou encore de droit conventionnel ? Pour ce qui est de l'article b) sur les moyens complémentaires d'interprétation, Mme Escarameia se demande là aussi s'il est judicieux d'inclure au nombre de ces moyens les travaux préparatoires. Elle se demande également si le mot « circonstances » a le même sens que le mot « contexte » qui apparaît ailleurs.

13. Enfin, s'agissant de la question de la classification des actes unilatéraux, Mme Escarameia réaffirme pencher plutôt pour un exposé d'une courte théorie générale sur les actes unilatéraux, suivi de l'énumération des quatre actes unilatéraux classiques (promesse, reconnaissance, renonciation, protestation), accompagné de règles spécifiques.

14. M. SEPÚLVEDA se joint aux membres qui ont félicité le Rapporteur spécial pour la présentation de son cinquième rapport sur les actes unilatéraux des États. Il souscrit également à l'opinion selon laquelle il importe d'accorder une attention particulière à la codification de ce sujet, pour des motifs qui ont déjà été exposés en d'autres occasions. Par ailleurs, il se félicite que le Rapporteur spécial ait fait, au chapitre premier de son rapport, un récapitulatif de certaines questions fondamentales qui permet à tous les membres de la Commission de travailler à partir d'un dénominateur commun. Il est éga-

lement d'accord avec les membres qui ont fait observer qu'il n'était pas suffisant de rassembler dans un rapport la doctrine et la jurisprudence mais qu'il était aussi impératif de déterminer quelle était la pratique des États en matière d'actes unilatéraux. À ce propos, il note que le Rapporteur spécial n'a pas obtenu beaucoup de réponses aux questions qu'il avait adressées aux gouvernements. Seulement deux d'entre eux ont fourni certains critères et un troisième s'est prononcé contre la codification du sujet. M. Sepúlveda est donc d'avis qu'il faudra recourir à d'autres sources, par exemple le Répertoire de la pratique des États, publié par les ministères des affaires étrangères, et d'autres annuaires de droit international comme l'*American Journal of International Law* et le *British Year Book of International Law*. Enfin, il approuve l'idée exprimée au paragraphe 144 du rapport, à savoir que les principaux actes unilatéraux que la Commission doit examiner sont la promesse, la reconnaissance, la renonciation et la protestation.

15. En ce qui concerne la reconnaissance, s'il est évident, comme l'a fait observer M. Simma, qu'il s'agit d'un acte éminemment politique, il n'en est pas moins vrai que cet acte produit des effets juridiques qu'il convient d'examiner. Cela dit, le plus important est sans doute que la pratique des États en matière de reconnaissance s'est considérablement modifiée au cours des dernières années. Pour ce qui est de la reconnaissance d'un État, on constate que les déclarations officielles sont de moins en moins fréquentes et il est probable qu'elles tomberont en désuétude. Le principal motif en est que, lorsqu'un nouvel État devient membre de l'Organisation des Nations Unies, il est désormais, le plus souvent, entendu que les autres États le reconnaissent. À ce propos, il serait intéressant que le Rapporteur spécial indique aux membres de la Commission quels sont les États Membres qui ont reconnu unilatéralement l'indépendance du Timor oriental. Par ailleurs, lorsqu'il a présenté son rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'un État qui avait fait une déclaration de reconnaissance pouvait par la suite en invoquer la nullité. M. Sepúlveda est perplexe car il tenait pour acquis que la reconnaissance était un acte irrévocable dont les effets juridiques étaient irréversibles.

16. S'agissant de la reconnaissance d'un gouvernement, la pratique a également évolué. Le Mexique a cessé de faire ce type de déclaration dès 1930, et cela pour deux raisons essentielles : d'une part, il considérait qu'il s'agissait d'un moyen d'obtenir des avantages injustifiés et, d'autre part, il estimait que la reconnaissance équivalait à imposer un jugement arbitraire à propos des institutions d'un pays, ce qui était contraire au principe de non-ingérence. Le Mexique s'est donc borné à maintenir ou à rappeler ses représentants diplomatiques auprès du pays intéressé. Dans les années 90, le Gouvernement américain et le Gouvernement britannique ont adopté une attitude similaire en annonçant que, désormais, ils ne feraient plus de déclaration de reconnaissance d'un gouvernement mais se limiteraient à établir des relations diplomatiques. La pratique des États a également évolué, en ce sens que l'on a également assisté à des reconnaissances pour ainsi dire collectives, notamment dans le cadre de l'Union européenne. Enfin, une déclaration de reconnaissance peut être assortie de certaines conditions. À ce propos, au paragraphe 18 de son rapport, le Rapporteur spécial dit que la reconnaissance ne produit pas de droits en faveur de son auteur mais lui impose des obligations. M. Sepúlveda est d'avis que cette affirmation ne correspond pas à la réalité. Par exemple, l'Union européenne pose comme condition l'instauration d'un régime démocratique et le respect des droits de l'homme.

17. En ce qui concerne la promesse, cet acte unilatéral peut s'inscrire dans le cadre d'un traité. Ainsi, dans les protocoles additionnels au Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Traité de Tlatelolco), les puissances nucléaires s'engagent notamment à ne pas utiliser ni menacer d'utiliser l'arme nucléaire contre les autres États parties et à ne commettre aucun acte contraire aux obligations qu'elles ont contractées en vertu du Traité.

18. Dans son rapport, le Rapporteur spécial évoque des déclarations unilatérales qui peuvent être qualifiées de promesse. Par exemple, la déclaration du Gouvernement espagnol du 13 novembre 1998 sur l'octroi d'une aide aux pays d'Amérique centrale à la suite des dégâts causés par le cyclone Mitch et la déclaration formulée par le Premier Ministre espagnol, le 4 avril 2000, concernant l'annulation d'une dette au titre de l'aide aux pays de l'Afrique subsaharienne. Néanmoins, il n'indique pas quels étaient les effets juridiques de ces promesses ni même si elles ont été tenues. Il conviendrait d'examiner plus en détail ce type d'acte unilatéral, et notamment d'en évaluer la portée.

19. En ce qui concerne la définition de l'acte unilatéral, le Rapporteur spécial s'en tient aux actes qui ont pour auteur ou destinataire un ou des États. Or, il existe des actes unilatéraux dont l'auteur ou le destinataire ne sont pas nécessairement un État ou une organisation internationale. C'est le cas, en particulier, des actes unilatéraux formulés par une entité politique qui est reconnue par certains gouvernements mais pas par d'autres, ou bien qui représente un État en cours de création, comme la Palestine. Il serait intéressant de s'interroger sur la nature des actes unilatéraux formulés par l'Autorité nationale palestinienne. Dans un autre ordre d'idées, M. Sepúlveda s'interroge sur les déclarations unilatérales formulées par le représentant d'un État partie muni des pleins pouvoirs qui portent sur des questions fondamentales telles que la cession de territoires ou l'entrée en guerre et, par conséquent, nécessitent l'approbation du Parlement. Au projet d'article 5 *h*, il est dit que l'État auteur peut en invoquer la nullité si elles sont contraires à une norme d'importance fondamentale de son droit interne. Est-il donc valide d'invoquer le droit interne pour annuler un acte qui produit déjà des effets juridiques internationaux ? Cela met-il en jeu la responsabilité internationale de l'État auteur ? Il conviendrait d'examiner plus avant ces questions.

20. S'agissant du projet d'article 5 *g*, selon lequel un État pourra invoquer la nullité absolue d'un acte unilatéral formulé par un ou plusieurs États si ledit acte unilatéral contrevient, au moment de sa formulation, à une décision du Conseil de sécurité, M. Sepúlveda croit comprendre que le Rapporteur spécial fait allusion aux décisions visées au Chapitre VII de la Charte des Nations Unies mais il serait utile de le préciser. Par ailleurs, il conviendrait de savoir dans le cas des pays qui se sont opposés à la création de tribunaux spéciaux pour l'ex-Yougoslavie et le

Rwanda par le Conseil de sécurité – dont le Mexique fait partie – quel est l'effet juridique des déclarations qu'ils ont faites à ce sujet.

21. Enfin, à propos des questions liées à l'extradition, M. Sepúlveda se réfère à une affaire qui s'est déroulée au Mexique. Conformément à la loi, le Ministère des affaires étrangères avait autorisé l'extradition d'une personne qui a ensuite fait appel auprès de la Cour suprême. La Cour a jugé que le fait d'extrader cette personne l'exposait à la peine de mort et s'est donc prononcée contre l'extradition. Il conviendrait de déterminer si un organe de l'État distinct du pouvoir exécutif peut émettre une déclaration unilatérale qui engage l'État concerné et produit des effets juridiques internationaux.

22. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA relève que M. Sepúlveda a qualifié l'acte unilatéral de reconnaissance d'acte irrévocable. Il se demande pourquoi. Par exemple, le fait qu'un État a reconnu un État et a établi des relations diplomatiques avec lui interdit-il toute rupture de ces relations ? S'il ne l'interdit pas, faut-il tout de même respecter un certain délai ? Il serait utile que le Rapporteur spécial examine ces questions et notamment celle des effets juridiques des actes unilatéraux dans le temps. On peut également s'interroger sur les relations entre les actes unilatéraux des États et les comportements des États. Il serait pertinent d'étudier ces notions voisines. M. Pambou-Tchivounda souhaiterait que le Rapporteur spécial précise si un acte unilatéral doit être confirmé et, dans l'affirmative, comment peuvent être réglés les problèmes soulevés par le silence.

23. M. SEPÚLVEDA, en réponse à la question concernant le caractère irrévocable de la reconnaissance d'un gouvernement, cite, à titre d'exemple, l'affaire *Sabbatino*, dans laquelle un tribunal de l'État de New York a jugé que certains actes qui avaient été accomplis par le Gouvernement cubain étaient tout à fait légitimes, qu'ils produisaient des effets juridiques, et que le Gouvernement des États-Unis ne pouvait revenir sur le fait qu'il avait reconnu le gouvernement de Fidel Castro. Cela étant, il est vrai qu'en matière de reconnaissance d'État ou de gouvernement, la pratique des États a commencé à se modifier : par exemple, le Gouvernement des Émirats arabes unis et le gouvernement de l'Arabie saoudite ont tous deux annulé l'acte par lequel ils avaient reconnu le gouvernement taliban en Afghanistan.

24. Le PRÉSIDENT dit qu'il importe en effet de bien distinguer entre la reconnaissance d'un gouvernement et la reconnaissance d'un État.

25. M. MANSFIELD dit que le rappel des questions fondamentales qui figure dans le cinquième rapport sur les actes unilatéraux de l'État permet de se faire une bonne idée des difficultés concrètes rencontrées par le Rapporteur spécial ainsi que du très large éventail des points de vue concernant tant le sujet lui-même que la possibilité de le codifier. La lecture de l'ensemble n'en est pas moins quelque peu préoccupante dans ce qu'elle montre de la difficulté de la tâche confiée au Rapporteur spécial. Celui-ci précise en effet, au paragraphe 6, qu'il s'est fondé sur un examen approfondi de la doctrine et de la jurisprudence mais qu'il a eu des difficultés à obtenir des renseignements sur la pratique, laquelle revêt pourtant une importance croissante. Il ajoute même qu'il est impossible de réaliser une étude exhaustive du sujet, et encore moins de s'atteler à un travail de codification et de développement progressif sans une étude de cette pratique. Les gouvernements ont été invités à répondre à un questionnaire sur leur pratique en la matière mais ils n'ont été apparemment que trois à répondre, sur plus de 180 États Membres. Étant donné l'importance de la pratique, il s'agit là d'un fait sur lequel il convient de réfléchir pour la suite des travaux de la Commission sur le sujet. Le Rapporteur spécial lui-même établit un parallèle avec la codification du droit des traités, ce qui l'amène à conclure, au paragraphe 24, que les normes de droit coutumier sont beaucoup plus faciles à identifier dans ce dernier contexte que dans celui des actes unilatéraux. Les propos du Rapporteur spécial sur l'intérêt et la difficulté du sujet sont également très explicites quant aux nombreux problèmes que posent l'identification et la qualification d'un acte unilatéral. Il semble donc que les éléments dont le Rapporteur spécial dispose l'entraînent dans certains cas dans un sens et dans d'autres cas dans un autre, sinon dans le sens opposé, et que l'on ne dispose pas d'une base solide à partir de laquelle on pourrait entreprendre la formulation de projets d'article.

26. Il convient par conséquent de procéder à un bilan de la situation dans son ensemble. Certes, les États recourent à des actes unilatéraux, et ces actes peuvent se révéler juridiquement contraignants pour leur auteur, mais le fondement de l'obligation juridique ainsi créée demeure problématique, les États ne peuvent – ou ne veulent – pas fournir des renseignements sur leur pratique en la matière et il ne saurait y avoir de substitut à l'étude de cette pratique. Peut-être conviendrait-il de décomposer le sujet en plusieurs éléments plus « gérables », certains pouvant faire l'objet d'un travail de codification et d'autres se prêtant à un traitement plus discursif mais néanmoins utile pour les États. Tout ou partie de ces éléments pourrait faire l'objet d'études, sans idée préconçue quant à la forme que prendraient les travaux de la Commission sur ces différents éléments. Le Rapporteur spécial, éventuellement avec le concours d'un groupe de travail, pourrait, sur la base de ces études, définir les éléments à codifier et la forme que prendrait cette codification dans chaque cas. En tout état de cause, si la Commission rencontre des difficultés sur un sujet, il est non seulement légitime mais essentiel qu'elle prenne le temps de la réflexion. Ayant épuisé les sujets traditionnels, elle s'engage sur des terrains non balisés, si bien que les ajustements deviennent inévitables et sont même la marque d'une conduite avisée. Le cinquième rapport du Rapporteur spécial peut être lu comme l'appel à l'aide de quelqu'un qui doit accomplir une tâche très difficile sans disposer des outils voulus à cet effet, ou du moins de ceux nécessaires pour accomplir sa mission telle qu'elle était envisagée à l'origine.

27. M. CHEE dit que la typologie des actes unilatéraux établie dans les paragraphes 14 à 17 du rapport du Rapporteur spécial est acceptable pour deux de ses éléments, à savoir la protestation et la renonciation, mais que les deux autres éléments – promesse et reconnaissance – soulèvent quelques difficultés. En ce qui concerne la promesse, les actes unilatéraux ne sont pas nécessairement au profit de leurs destinataires et consistent très souvent en une déclaration destinée à affirmer unilatéralement un droit, une

position ou une politique sans qu'il en résulte un avantage pour autrui. Ainsi, les deux déclarations faites par les États-Unis en 1945, sur la conservation des ressources halieutiques et sur le plateau continental, ont donné le la de l'évolution ultérieure du droit de la mer mais ont eu un effet d'émulation et non une fonction de promesse. La déclaration d'une zone maritime de l'hémisphère occidental par laquelle était interdite l'activité des sous-marins allemands autour du territoire des États-Unis pendant la seconde guerre mondiale était également une déclaration unilatérale. Quant à la reconnaissance, elle renvoie à une pratique étatique et une littérature abondantes et a donc son propre régime *sui generis* : reconnaissance de facto ou *de jure*, retrait de reconnaissance, reconnaissance de l'État ou du gouvernement, etc. Mieux vaut donc l'envisager à part.

28. En ce qui concerne la définition de l'acte unilatéral, le changement de terminologie signalé au paragraphe 60 du rapport est acceptable, de même que les développements concernant le terme « non équivoque » au paragraphe 69. Plus problématique est, en revanche, l'exclusion du comportement en tant qu'objet possible de l'acte unilatéral. Le fait qu'un comportement est producteur d'effets juridiques est corroboré par la jurisprudence, entre autres par la décision de la CIJ dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*. Il en va de même pour le silence (par. 77), qui est peut-être l'élément capital entre tous. Lorsque l'État destinataire de la déclaration garde le silence ou ne répond pas dans un délai raisonnable, son silence vaut acquiescement et met en situation d'estoppel. La Commission devrait accorder davantage d'attention à cette notion de silence.

29. Dans les projets d'article proposés au paragraphe 119, les articles 5 *d* à 5 *h* se distinguent des trois projets d'article 5 *a* à 5 *c* par l'emploi de l'expression « nullité absolue », ce qui pose la question de la différence entre nullité absolue et nullité relative. La Convention de Vienne de 1969 ne contient pas ce critère du caractère absolu et, si le Rapporteur spécial veut ainsi indiquer qu'il ne s'en tient pas à cette convention, il faudrait peut-être envisager ces dispositions à part, et se demander si l'adjectif « absolu » est nécessaire. En ce qui concerne l'interprétation des actes unilatéraux, le Rapporteur spécial reprend, dans le paragraphe 135 du rapport, la distinction établie dans la Convention de Vienne entre une règle générale et des moyens complémentaires. S'agissant de la règle générale d'interprétation, le paragraphe 2 du projet d'article a) qui lui est consacré inclut dans le contexte « le préambule et les annexes », deux éléments qui ne semblent pas se retrouver souvent dans les actes unilatéraux et dont l'inclusion n'est peut-être pas justifiée. Pour ce qui est des moyens complémentaires d'interprétation, les difficultés d'accès aux documents et le caractère foncièrement ambigu et obscur de ces moyens complémentaires reviennent presque à exclure de fait le recours à de tels moyens. En conclusion, le Rapporteur spécial a raison d'insister sur la diversité de la pratique des États et sur les problèmes qu'elle pose. Il devrait donc aborder cette pratique au cas par cas au lieu de chercher à établir une règle commune uniforme d'interprétation de tous les actes unilatéraux.

30. M. MOMTAZ s'étonne de la référence faite, au paragraphe 93 du rapport, aux articles 7 à 9 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[5], s'agissant de la question de savoir qui est habilité à formuler un acte unilatéral. Il se demande si le Rapporteur spécial, par analogie avec l'article 7 de ce projet d'articles, veut reconnaître comme acte unilatéral une déclaration d'un agent de l'État outrepassant sa compétence ou contrevenant aux instructions données. La référence, dans le contexte des actes unilatéraux des États, aux articles 8 et 9 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qui attribuent à l'État sous certaines conditions restrictives les actes de personnes ou de groupes de personnes n'appartenant pas aux structures étatiques, par exemple des rebelles ou des mouvements de libération nationale, suscite aussi des interrogations. Le Rapporteur spécial entend-il qualifier d'actes unilatéraux les déclarations de tels groupes ? Cette position semble d'une part contraire au principe selon lequel seul l'État peut formuler des actes unilatéraux, mentionné au paragraphe 88 du même rapport, et d'autre part incompatible avec le projet d'article 3 qui a été renvoyé au Comité de rédaction, selon lequel seules les personnes à ce habilitées peuvent agir au nom de l'État et l'engager dans ses relations internationales. M. Momtaz estime qu'il faut restreindre la capacité de formuler un acte unilatéral aux personnes mentionnées à l'article 7 (par. 2, al. *a*) de la Convention de Vienne de 1969.

31. Pour ce qui est de l'interprétation des actes unilatéraux, l'examen de ce point paraît prématuré au stade où en est le projet. On pourrait se référer en la matière au régime de Vienne, à condition de faire preuve de prudence, notamment pour ce qui est du recours aux travaux préparatoires. En effet, ces travaux ne sont pas toujours accessibles et sont même parfois inexistants dans la mesure où, contrairement aux conventions, les actes unilatéraux sont souvent des actes spontanés, voire formulés de façon instantanée pour dénouer une crise.

32. Quant à la classification, il est clair qu'elle présente des difficultés, et notamment que la distinction entre les actes unilatéraux par lesquels les États réaffirment des droits et ceux qui sont source d'obligations ne peut être retenue. Ainsi, la déclaration de neutralité citée en exemple est à la fois source de droits pour l'État qui en est l'auteur et source d'obligations pour les États belligérants auxquels elle s'adresse. Assimiler une telle déclaration à une renonciation et à une promesse, comme l'envisage le paragraphe 139 du rapport, n'est pas une solution satisfaisante dans la mesure où l'État auteur de la déclaration de neutralité peut décider ultérieurement de prendre part au conflit en invoquant la légitime défense s'il est attaqué par l'un des belligérants. Par contre, la distinction entre les quatre catégories traditionnelles d'actes unilatéraux : la promesse, la reconnaissance, la renonciation et la protestation, dont il est fait mention au paragraphe 144 du rapport, présente des avantages et mérite une attention particulière.

33. M. SIMMA souligne l'utilité de la récapitulation effectuée par le Rapporteur spécial, au vu de l'importance des aspects théoriques dans l'analyse de la question des actes unilatéraux. S'interrogeant sur la direction que doit prendre l'étude entreprise par la Commission, il craint que le Rapporteur spécial n'envisage de proposer une règle qui

[5] Voir 2712e séance, note 13.

dirait en substance « *acta sunt servanda* », laquelle serait entachée de dogmatisme. Poser un tel principe amènerait la Commission à analyser en détail tous les aspects théoriques du caractère contraignant des actes unilatéraux, ce à quoi M. Simma est opposé par avance. Revenant sur la définition proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 81 de son rapport, il propose de l'utiliser à titre provisoire pour la suite des travaux. Il lui paraît juste, dans cette définition, de parler d'« intention » de la part de l'État d'être lié, car cette intention existe bien dans les quatre types d'actes unilatéraux énumérés que sont la promesse, la protestation, la renonciation et la reconnaissance; par contre, l'expression « non équivoque » lui paraît redondante, car si la manifestation de volonté n'est pas « non équivoque », on peut présumer qu'il n'y a pas d'intention d'être lié.

34. S'agissant des causes de nullité, l'analogie avec le régime de Vienne est certes utile, mais les modalités de transposition de celui-ci au cas des actes unilatéraux doivent être étudiées avec soin. Ainsi, à l'article 5 *a* du projet, il faudrait éviter le terme « consentement » qui renvoie au droit des traités. À l'article 5 *c*, il est peut-être trop restrictif de limiter les cas de corruption à la corruption du fait d'un autre État. L'article 5 *f* a été inclus par analogie avec l'article 53 de la Convention de Vienne de 1969; il faudrait prévoir aussi une référence au *jus cogens superveniens* par analogie avec l'article 64 de cette même convention. L'article 5 *g* pourrait susciter des difficultés, car, même si les obligations nées de la Charte des Nations Unies doivent prévaloir, il n'en résulte pas pour autant qu'un acte unilatéral, s'il est contraire à une décision du Conseil de sécurité, est nul. M. Simma propose de trouver une formulation qui mette en évidence la hiérarchie des normes tout en évitant le terme de « nullité », qui lui paraît dangereux. Pour ce qui est de l'article 5 *h*, sa formulation pourrait se rapprocher davantage de celle de l'article 46 de la Convention; il serait utile d'y intégrer la notion de caractère « manifeste » du conflit avec une norme d'importance fondamentale du droit interne de l'État. Par ailleurs, la notion de nullité dans le cas d'actes unilatéraux d'origine collective pourrait créer des difficultés de taille. On peut ainsi imaginer que la cause de nullité n'existe que pour certains des États auteurs de l'acte unilatéral, et se poserait alors la question de savoir si l'acte est nul pour l'ensemble des États. Pour ce qui est de l'interprétation, M. Simma estime, comme d'autres membres, que le critère primordial est l'intention de l'État auteur de l'acte et qu'il peut être utile de recourir à cette fin aux travaux préparatoires, si l'on dispose de ceux-ci.

35. S'agissant de la façon dont la Commission devrait à présent procéder pour l'examen de cette question, M. Simma juge intéressantes les observations générales du Royaume-Uni, reproduites dans le rapport du Secrétaire général contenant les réponses des gouvernements au questionnaire sur les actes unilatéraux des États (A/CN.4/524), dont il est fait mention au paragraphe 27 du cinquième rapport, suivant lesquelles il n'était pas judicieux de chercher à assujettir un très large éventail d'actes unilatéraux à un ensemble unique de règles générales, mais il serait utile d'examiner les problèmes spécifiques qui se posent concernant certains actes unilatéraux. Il considère cependant qu'il n'est plus temps de changer de méthode de travail. Il propose donc que la Commission s'efforce d'achever rapidement la rédaction de la partie générale du projet d'articles, en arrêtant l'examen du projet à la question de l'interprétation, sans s'engager dans la formulation d'un principe « *acta sunt servanda* » ni dans l'examen des questions de suspension, d'extinction ou de rétroactivité, qui pourraient être examinées dans des parties spécialisées consacrées à certains actes unilatéraux. Dans une deuxième étape, la Commission pourrait se concentrer sur des types particuliers d'actes unilatéraux, à savoir la promesse, la renonciation, la reconnaissance et la protestation. M. Simma s'étonne à ce propos de voir que la Commission est prête à s'engager dans l'examen de la reconnaissance des États et des gouvernements car, les pratiques et les doctrines dans ce domaine étant notoirement divergentes, il serait difficile de codifier le droit en la matière. Dans une troisième étape des travaux de la Commission, il conviendra de réexaminer l'ensemble des principes établis à la lumière de cas particuliers en vue de décider si la rédaction d'un projet d'articles sur cette question est la meilleure méthode. M. Simma propose de faire appel à des ressources extérieures afin de procéder à une recherche plus systématique sur la pratique effective des États en matière d'actes unilatéraux et de créer peut-être une équipe à cette fin.

36. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA approuve l'idée de terminer l'exercice en cours, mais estime nécessaire d'aller jusqu'à l'examen de la suspension et de l'extinction des actes unilatéraux, pour avoir une vision complète de l'existence de l'acte unilatéral du début à la fin. Les tentatives de classification sont vouées à l'échec car il est impossible de trouver des critères de hiérarchisation ou des affinités entre différents ensembles d'actes, et il serait donc plus fructueux d'examiner les cas types (promesse, renonciation, reconnaissance et protestation). Ainsi, on procédera d'abord à l'examen des règles générales avant de passer aux régimes particuliers. M. Pambou-Tchivounda approuve la proposition de M. Simma d'entreprendre des recherches systématiques sur la pratique des États en la matière.

La séance est levée à 12 h 55.

2724e SÉANCE

Jeudi 23 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield,

M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Déclaration du Conseiller juridique

1. Le PRÉSIDENT invite M. Hans Corell, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, à informer la Commission des derniers événements survenus dans le domaine juridique à l'ONU.

2. M. CORELL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique) félicite tous les membres de la nouvelle Commission pour leur récente élection, en particulier ceux qui ont été élus pour la première fois. Il félicite en outre la Commission d'avoir achevé ses travaux sur le sujet de la responsabilité des États[1] et celui de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses)[2]. La fin des travaux sur la responsabilité des États est un événement véritablement historique. Les articles publiés font désormais partie du droit international et servent de base à la prise de décisions pour la CIJ et d'autres organes partout dans le monde. Enfin et surtout, la Commission doit être félicitée pour avoir ajouté trois nouveaux sujets à son ordre du jour de la session en cours. M. Corell ne doute pas qu'elle les examinera avec la sagesse et la compétence qui lui sont habituelles.

3. M. Corell croit comprendre que la Commission compte continuer à tenir des sessions en deux parties. Elle est probablement consciente que ce mode d'organisation occasionne des dépenses supplémentaires. C'est pourquoi il a noté avec satisfaction qu'à sa cinquante-troisième session, elle a elle-même proposé des mesures d'économie, tendance encourageante qu'il espère voir se maintenir, puisque l'une de ses principales responsabilités est de s'assurer que la Commission dispose de ressources financières et humaines suffisantes. Au paragraphe 10 de sa résolution 56/82, l'Assemblée générale a pris note du paragraphe 260 du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-troisième session[3] concernant les mesures d'économie que la Commission a prises en organisant son programme de travail, et a encouragé la Commission à continuer de prendre ce type de mesures aux sessions futures. M. Corell ne saurait trop insister sur l'importance de l'application du paragraphe 10 de cette résolution ainsi que sur la nécessité de continuer à examiner des mesures d'économie. Le Bureau des affaires juridiques fait de son mieux pour défendre les intérêts de la Commission devant les organes responsables du budget mais, compte tenu des contraintes financières qui pèsent actuellement sur le fonctionnement de l'ONU, toute mesure d'économie proposée par les organes d'experts eux-mêmes est plus que bienvenue.

4. En ce qui concerne la Commission préparatoire de la Cour pénale internationale, la Commission du droit international a bien entendu joué un rôle décisif dans l'avancement des travaux préparatoires qui ont conduit à la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale et, finalement, à l'adoption du Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Le Statut de Rome entrera en vigueur le 1er juillet 2002. À compter de cette date, les auteurs de crimes relevant de la compétence de la Cour pourront être poursuivis et – bien que la Cour ne soit pas opérationnelle avant le courant de 2003 – également jugés. Par conséquent, la Commission préparatoire se réunira pour la dernière fois en juillet 2002. Des dispositions sont prises pour la première session de l'Assemblée des États parties au Statut de Rome de la Cour pénale internationale, qui se tiendra en septembre 2002. La Commission préparatoire a récemment ajouté à l'ensemble de textes qu'elle a achevés les principes de base régissant un accord de siège et deux projets de résolution devant être adoptés par l'Assemblée des États parties. Elle a également créé un fonds d'affectation spéciale pour appuyer l'établissement de la Cour. Elle collabore étroitement avec les autorités néerlandaises et espère envoyer une mission préparatoire sur place dans les prochaines semaines pour aider les États Membres à mettre en place la Cour et, en particulier, pour veiller à ce que le courrier entrant soit traité de manière appropriée en attendant l'élection des principaux responsables administratifs. La Commission préparatoire a aussi achevé ses travaux sur le budget de la première année, sur le Fonds d'affectation spéciale pour les victimes et sur la rémunération des juges, du procureur et du greffier. Elle devrait également formuler une recommandation concernant la poursuite des travaux sur le crime d'agression, qui n'a pas été défini dans le Statut. Cela est une préoccupation essentielle pour la Commission préparatoire, étant donné l'insistance de nombreux États sur la nécessité de progresser vers une définition et les liens étroits entre le Statut de Rome et l'Article 39 de la Charte des Nations Unies. À sa prochaine session, la Commission préparatoire achèvera ses travaux, y compris l'examen des documents préparatoires de la première Réunion de l'Assemblée des États parties.

5. Les membres de la Commission se souviennent probablement que, le 11 avril 2002, le Bureau des affaires juridiques a reçu 10 nouveaux instruments de ratification, ce qui porte le nombre total de ratifications à 66, soit 6 de plus que le nombre requis par le Statut de Rome pour l'entrée en vigueur. Une soixante-septième ratification a depuis lors été reçue au Siège.

6. Pour ce qui est de la situation au Sierra Leone, en août 2000, le Conseil de sécurité a décidé de prier le Secrétaire général de négocier un accord avec le Gouvernement sierra-léonais en vue de créer dans le pays un tribunal spécial indépendant[4] qui s'occuperait des atrocités commises durant la guerre civile. Dans un premier temps, le Secrétaire général souhaitait que le tribunal soit financé

[1] Voir 2712e séance, note 13.

[2] Pour le texte du projet d'articles adopté par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. V, par. 97, p. 156.

[3] *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), p. 222.

[4] Résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité en date du 14 août 2000, par. 1.

par des contributions obligatoires mais, en janvier 2001, le Conseil de sécurité a indiqué qu'il serait financé par des contributions volontaires. Cette décision a eu un impact considérable sur les travaux du Bureau des affaires juridiques, qui a dû s'engager dans la tâche ardue de collecte de fonds. Les ressources financières nécessaires pour entreprendre la mise en place du tribunal ne sont disponibles que depuis novembre 2001. Des fonds sont disponibles pour la première année d'une période de fonctionnement de trois ans, et les contributions annoncées couvrent la deuxième année et une partie de la troisième année. Une mission de planification s'est rendue en Sierra Leone en janvier 2002, et le 16 janvier 2002, avec le Ministre de la justice, M. Corell a signé l'Accord entre l'Organisation des Nations Unies et le Gouvernement sierra-léonais sur la création d'un Tribunal spécial pour la Sierra Leone. Les candidats aux postes de juges passent actuellement des entretiens. David Crane, citoyen des États-Unis d'Amérique, a été nommé procureur et Robin Vincent, citoyen britannique, greffier. Le tribunal devrait être opérationnel à la fin d'août ou au début de septembre 2002, au même moment que la Commission Vérité et réconciliation instituée en vertu de la législation sierra-léonaise. Il importe au plus haut point de montrer à la population que les deux institutions sont complémentaires.

7. Les membres de la Commission savent probablement que le Secrétaire général est en négociation avec le Gouvernement cambodgien depuis 1997. Une proposition tendant à établir un tribunal international a été mise en suspens après que le Gouvernement cambodgien a changé d'avis, décidant à la place de demander une présence internationale dans ses tribunaux nationaux. Les négociations se sont achevées en juillet 2000, des indications très claires ayant été données en ce qui concerne les exigences relatives au droit interne et l'accord devant être conclu. Tout ce travail a été entrepris grâce aux bons offices du Secrétaire général et financé par des contributions volontaires. Beaucoup de temps s'étant écoulé sans aucun résultat concret, le Secrétaire général, après avoir très soigneusement étudié la question, a conclu avec une grande réticence qu'il fallait mettre fin aux négociations. Cette décision est fondée sur trois éléments : en premier lieu, le fait que le Gouvernement cambodgien n'est pas disposé à accepter certaines normes fixées par l'ONU en ce qui concerne le projet de loi et l'accord devant être conclu. En deuxième lieu, le fait que le Gouvernement ne souhaite pas que l'accord régisse tout le fonctionnement du tribunal; et, enfin et surtout, le fait que le Gouvernement ne semble pas être conscient que le temps presse. Le Secrétaire général estime que désormais cette question dépend entièrement des États Membres.

8. Les événements du 11 septembre 2001 ont causé un choc considérable aux membres du Secrétariat au Siège qui, en tant que New-Yorkais, ont été très émus pour les gens vivant à New York et dans le reste des États-Unis. Peu après, un groupe de travail de la Sixième Commission travaillant dans le cadre du Comité spécial établi par la résolution 51/210 du 17 décembre 1996 a repris ses travaux sur trois éléments : une convention globale contre le terrorisme – projet dans lequel un membre de la Commission, M. Sreenivasa Rao, a joué un rôle de premier plan – , une proposition de la Fédération de Russie pour une convention contre le terrorisme nucléaire, et une proposition plus ancienne d'organiser une conférence de haut niveau sur le terrorisme. Les travaux sur la convention globale contre le terrorisme étaient bien avancés à l'automne 2001. Malheureusement, certains obstacles dans des domaines clefs se sont révélés insurmontables. Ces questions clefs sont la définition du terrorisme, la relation entre le projet de convention et les instruments actuels et futurs sur le terrorisme international et la difficulté d'établir une distinction entre le terrorisme et le droit des peuples à l'autodétermination et à la lutte contre l'occupation étrangère. Le Comité spécial a continué ses délibérations du 28 janvier au 1er février 2002, mais aucun accord sur ces questions controversées n'a pu être conclu. Il incombera à la Sixième Commission de poursuivre, de toute urgence, les travaux d'élaboration d'un projet de convention globale à l'automne 2002.

9. Fait intéressant, le Secrétaire général a prié le Bureau des affaires juridiques de recenser les domaines dans lesquels l'ONU pourrait apporter sa contribution. Tout récemment, le 23 mai 2002, le Conseil de direction, présidé par le Secrétaire général, a débattu du terrorisme dans ce contexte, et un groupe de travail a été créé en vue d'examiner les aspects civils de la question. Le rapport du groupe de travail sera disponible en juin 2002.

10. En ce qui concerne le droit de la mer, le 23 avril 2002, la douzième Réunion des États parties à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer a élu 21 membres de la Commission des limites du plateau continental pour une période de cinq ans commençant le 16 juin 2002. La première requête concernant les limites extérieures du plateau continental a été reçue, et des dispositions sont prises pour que la Commission soit en mesure d'examiner un nombre de futures requêtes qui pourrait être conséquent. Le 19 avril 2002, la douzième Réunion des États parties a élu sept juges pour une période de neuf ans commençant le 1er octobre 2002. Le Bureau des affaires juridiques a distribué un questionnaire à tous les États à l'occasion du vingtième anniversaire de la Convention, qui sera célébré en décembre 2002.

11. Les réunions informelles périodiques des conseillers juridiques auprès des ministères des affaires étrangères qui se tiennent parallèlement aux débats sur le rapport de la Commission à l'Assemblée générale se révèlent très utiles pour appeler l'attention au plus haut niveau sur les travaux de la Sixième Commission et le rapport de la Commission du droit international. La prochaine réunion de ce type aura lieu les 28 et 29 octobre 2002.

12. Des efforts ont été entrepris en vue de développer le site Web sur le droit international et de le rendre plus convivial. Le site sur les traités, en particulier, est très populaire et enregistre des milliers d'accès chaque mois. Il est encourageant d'apprendre que les problèmes de rodage auxquels se sont heurtés certains membres de la Commission qui ont consulté le site semblent maintenant résolus. Les travaux de la Commission peuvent également être consultés en ligne.

13. Des efforts sont entrepris pour accélérer l'ensemble des publications. Quatre volumes de l'*Annuaire juridique des Nations Unies* ont été publiés l'année dernière, le dernier étant celui de 1996. La version anglaise du volume de 1997 devrait bientôt être publiée. Le volume de 1998

est déjà chez les éditeurs et celui de 1999 va bientôt leur être remis. Les travaux sur le volume de 2000, auquel les contributions des États et des organisations internationales viennent d'être reçues, seront achevés avant la fin de l'année.

14. Dans la catégorie des publications isolées, M. Corell signale la publication d'un recueil d'instruments internationaux relatifs à la prévention et à l'élimination du terrorisme international[5]. Le Comité créé pour surveiller l'application de la résolution 1373 (2001) adoptée le 28 septembre 2001 par le Conseil de sécurité est extrêmement actif et une somme considérable d'informations est publiée en réponse aux demandes des États Membres, qui reçoivent en outre une assistance technique pour s'acquitter de leurs responsabilités en vertu de cette résolution.

15. Le Secrétaire général n'est pas un juriste mais il s'est vivement intéressé aux questions juridiques. Ses allocutions font fréquemment référence à l'état de droit dans les relations internationales. Il a lancé un projet intitulé « *An era of application of international law* », qui a permis d'enregistrer certains succès. Des centaines de manifestations liées à la signature ou à la ratification de traités sont organisées durant les sessions de l'Assemblée générale, rassemblant des délégations de très haut niveau et attirant l'attention du public sur les activités normatives. À la suite de ces manifestations, le Secrétaire général a prié M. Corell d'organiser une assistance technique à la signature ou à la ratification d'instruments internationaux par l'intermédiaire du site Web du Bureau des affaires juridiques[6], où l'on peut trouver une description des travaux de l'ONU dans ce domaine ainsi que les noms et coordonnées des personnes à contacter.

16. Les domaines dans lesquels des activités supplémentaires peuvent être entreprises doivent être examinés. Le Bureau des affaires juridiques collabore avec des organisations non gouvernementales pouvant fournir une assistance sur le terrain en vue de l'élaboration d'une législation nationale. La possibilité que le PNUD crée des projets à cette fin est également étudiée. Un programme de formation sur le droit et la pratique des traités a récemment été entrepris et les réactions sont extrêmement positives. Un manuel peut être consulté sur Internet. M. Corell sait que les pays en développement s'inquiètent de l'utilisation croissante d'Internet au détriment des documents imprimés, mais le jour où les supports papier seront abandonnés n'est pas encore arrivé.

17. Cinq des six sous-programmes du Bureau des affaires juridiques ont fait l'objet d'une évaluation approfondie. Le rapport qui a été publié par le Bureau sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques (E/AC.51/2002/5) doit être examiné par le Comité du programme et de la coordination en juin et juillet 2002. Plusieurs paragraphes ont trait à la Commission et M. Corell souhaite appeler l'attention en particulier sur le paragraphe 48. Celui-ci évoque le problème de la présentation tardive du rapport annuel de la Commission, due au fait que la session de la Commission s'achève cinq semaines seulement avant que la Sixième Commission ne se réunisse. Il s'agit là d'un problème récurrent qui augmente la pression exercée sur les services d'imprimerie au moment où un énorme volume de documents est préparé pour l'Assemblée générale en automne. Une discussion sur ce sujet avec les membres de la Commission en séance privée serait bienvenue.

18. Dans l'ensemble, les résultats de l'évaluation approfondie sont très positifs et M. Corell est vraiment fier du personnel du Bureau des affaires juridiques.

19. Le PRÉSIDENT remercie le Conseiller juridique pour sa déclaration riche en renseignements. De telles informations sont extrêmement utiles et il se félicite de l'occasion qui est donnée à la Commission de les commenter.

20. M. PELLET dit qu'il partage l'avis du Président. Cet exercice est vraiment utile et le fait que le Conseiller juridique accepte de s'y prêter est positif. Chacun sait que M. Pellet trouve les débats à la Sixième Commission stériles, cacophoniques et répétitifs. Les relations entre la Sixième Commission et la Commission, tant sur le plan institutionnel que sur le plan personnel, sont beaucoup trop formelles et improductives, et elles ne fournissent à la Commission que peu d'indications utiles. La Commission a entrepris depuis plusieurs années d'améliorer ses méthodes de travail mais la balle est désormais dans le camp de la Sixième Commission et celle-ci devrait en faire autant.

21. Il faut reconnaître que certains progrès ont été accomplis. Les réunions informelles des conseillers juridiques auprès des ministères des affaires étrangères, dirigées par M. Sreenivasa Rao, donnent lieu à de véritables échanges de vues, mais elles sont très courtes et de nombreuses questions, pas uniquement celles qui concernent la Commission, doivent y être examinées. M. Pellet se félicite que tous les rapporteurs spéciaux présents à New York, et pas seulement celui qui représente officiellement la Commission, aient eu l'occasion de prendre la parole devant la Sixième Commission. Dans l'ensemble, toutefois, les débats à la Sixième Commission lui donnent une impression très négative et il pense qu'il faut faire quelque chose pour assurer des échanges plus productifs entre les deux organes. Les États seront réceptifs à une telle idée. M. Pellet est convaincu que le Secrétariat peut également contribuer à créer des conditions propices à un dialogue plus fructueux.

22. M. Pellet juge positif que les membres de la Commission aient désormais accès gratuitement au *Recueil des Traités des Nations Unies* mais déplore que le public, en particulier les étudiants, doive payer pour ce privilège. Le *Recueil des Traités* doit être un service public international, non un moyen de gagner de l'argent. Les progrès accomplis dans la publication des annuaires juridiques des Nations Unies sont bienvenus mais la publication de l'*Annuaire de la Commission du droit international* a beaucoup de retard, ce qui cause de sérieux problèmes à M. Pellet lorsqu'il enseigne.

23. M. CORELL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique) dit que le premier problème soulevé par M. Pellet est à l'examen depuis un certain

[5] *International Instruments Related to the Prevention and Suppression of International Terrorism* (publication des Nations Unies, numéro de vente : E.01.V.3).

[6] http://untreaty.org/ola/.

temps et que la Commission a de fait pris des mesures pour y remédier. Ses rapports sont à présent structurés différemment, centrés sur certains sujets et énonçant clairement des questions à propos desquelles elle souhaiterait entendre l'avis des membres de la Sixième Commission. Les réponses de ces derniers sont souvent inadéquates et l'on pourrait réfléchir au moyen d'améliorer la situation. Dans l'ensemble, toutefois, M. Corell estime que l'atmosphère à la Sixième Commission s'est améliorée au cours des années précédentes. Le fait que le débat soit désormais structuré sujet par sujet est particulièrement utile. Les discussions qui ont lieu aux réunions informelles des conseillers juridiques couvrent un plus large éventail de sujets que le rapport de la Commission et M. Corell n'est pas certain que le Secrétariat puisse faire quelque chose à ce sujet.

24. M. Corell déplore, lui aussi, que l'Assemblée générale ait décidé de rendre l'accès au *Recueil des Traités des Nations Unies* payant. Les étudiants, toutefois, font partie de certaines catégories qui bénéficient d'un accès gratuit depuis quelque temps. Il espère qu'un jour l'accès au *Recueil* fonctionnera comme un service public gratuit pour tous.

25. La publication rapide de l'*Annuaire de la Commission du droit international* est certainement souhaitable mais M. Corell a été informé que les ressources nécessaires ont été réduites de moitié. En 1994, il y avait un retard de 11 années dans la publication des traités. Il a été ramené à un an et demi grâce à un effort gigantesque de la part du personnel. De manière générale, le rythme des publications a considérablement augmenté et aucun effort ne sera épargné pour continuer à l'accélérer. M. Corell envisage d'utiliser davantage les médias électroniques mais il reste à savoir dans quelle mesure et à quelle vitesse des progrès peuvent être accomplis dans ce domaine. L'Assemblée générale a prié le Secrétaire général d'entreprendre un examen de l'ensemble des publications. M. Corell a récemment accordé à un consultant un entretien au cours duquel il a fermement défendu des publications comme celles de la Commission, qui représentent l'histoire des travaux législatifs de l'Organisation.

26. M. DUGARD fait observer que 30 ans se sont écoulés depuis la première tentative de rédaction d'un traité global interdisant le terrorisme international. Il devrait aujourd'hui être évident que cela est tout simplement impossible en raison de désaccords à propos de la façon de gérer les guerres de libération nationale, le terrorisme d'État, etc. De son avis, la plupart des gens sont convaincus que les événements du 11 septembre 2001 sont couverts par les accords existants. Ne serait-il pas plus productif de tenter de parvenir à un accord sur des aspects particuliers du terrorisme plutôt que sur un traité global, entreprise qui ne fait que souligner les divisions entre nations ?

27. M. Sreenivasa RAO remercie le Conseiller juridique pour sa volonté d'échanger avec les membres de la Commission sur tout un éventail de questions.

28. Il a participé aux récentes négociations sur une convention globale contre le terrorisme international et, à l'appui de celle-ci, il affirme que les conventions sectorielles, utiles à leur manière, ne sont axées que sur des éléments spécifiques du problème. En revanche, la convention globale réunit tous les points importants qui figurent séparément dans les 12 conventions sectorielles, ce qui en constitue le premier avantage. Le second est que l'entreprise est presque achevée. L'article 2 du projet, qui n'est pas controversé, donne du terrorisme une définition très complète, ce qui n'avait pu faire l'objet d'un consensus lors des tentatives précédentes. Le dialogue engagé, les efforts entrepris et les progrès accomplis représentent une réussite importante dans l'histoire de la lutte contre le terrorisme à travers un cadre juridique. La seule difficulté provient de la distinction entre actes militaires et actes d'État ainsi qu'entre droit humanitaire et nécessité de lutter contre le terrorisme. Même sur ces points, il existe des éléments de consensus, et les négociateurs sont convaincus qu'avec seulement un peu plus de volonté politique, les obstacles auraient pu être surmontés. Une telle issue aurait été merveilleuse mais cela vaut la peine d'attendre qu'une autre chance se présente.

29. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il est heureux d'apprendre que le Conseiller juridique est déterminé à entreprendre un travail d'évaluation, mais qu'il est aussi sceptique. L'idée est courageuse et prometteuse mais elle risque de ne pas dépasser certaines limites. Cette évaluation abordera certainement des domaines très sensibles, y compris leurs aspects juridiques. Mais le contraire est également vrai : si le Conseiller juridique examine une question donnée du point de vue juridique, il sera automatiquement contraint d'en examiner les aspects politiques. L'évaluation systématique des travaux effectués dans le domaine de la légalité internationale est fascinante mais l'ONU doit faire largement connaître, dans un délai raisonnable, les résultats de cet exercice qui n'est pas seulement très intéressant mais aussi très complexe.

30. Pour illustrer les difficultés soulevées par un exercice d'évaluation, M. Pambou-Tchivounda mentionne les tribunaux pénaux créés à l'initiative du Conseil de sécurité ou dans le cadre d'un accord entre un pays donné et l'ONU. S'il souhaitait être provoquant, il pourrait dire que le Cambodge est un échec qui représente un avertissement pour l'avenir du Tribunal pénal international pour le Rwanda. Pourquoi l'ONU tient-elle tellement à créer un tribunal pour la Sierra Leone ? Y a-t-il eu évaluation préalable de ce que l'ONU a fait ou n'a pas fait avant que la décision de créer un tribunal pénal pour ce pays soit prise ? Qui sera arrêté ? Qui sera jugé ? M. Pambou-Tchivounda a des craintes à ce sujet. La méthode d'évaluation, aussi pertinente soit-elle en principe, devra s'appliquer au cas par cas. À cette fin, tous les pays devront être informés des principes sur lesquels l'évaluation sera fondée ainsi que des résultats obtenus et des obstacles rencontrés.

31. M. Pambou-Tchivounda souhaiterait obtenir des éclaircissements sur la manière dont le Conseiller juridique entreprendra des travaux sur des domaines d'application du droit international. L'étude qui doit être réalisée nécessitera des experts. La Commission y participera-t-elle ? Quelle forme prendront les résultats du travail sur les domaines d'application du droit international ?

32. M. DAOUDI dit qu'il ne partage pas l'optimisme de M. Sreenivasa Rao au sujet des chances de parvenir rapidement à un consensus sur un projet global de lutte contre

le terrorisme. Il était présent à la Sixième Commission lorsque le sujet a été examiné; il y a eu des divergences d'opinions considérables entre pays et pour le moment il n'est pas optimiste car, à l'heure actuelle, il pourrait être difficile de parvenir à un consensus.

33. En ce qui concerne l'allusion du Conseiller juridique à un groupe de lutte contre le terrorisme, auquel un rapport doit être soumis en juin, quels sont les liens de ce groupe avec la convention globale contre le terrorisme ? S'agit-il d'un groupe d'experts ?

34. M. GALICKI dit qu'il partage l'avis de M. Sreenivasa Rao au sujet de l'importance des travaux sur une convention globale des Nations Unies contre le terrorisme. Aucun succès spectaculaire n'a encore été enregistré mais le Comité spécial et le Groupe de travail ont fait des progrès considérables vers l'achèvement de la convention. Il ne reste que quelques problèmes importants qui ont été isolés du reste du texte. Ce serait une erreur de s'arrêter maintenant. En outre, ces travaux ont eu un impact majeur sur les efforts régionaux, tels que ceux du Conseil de l'Europe, en vue d'élaborer des mesures et instruments régionaux contre le terrorisme. Participant aux travaux d'un organe spécial du Conseil de l'Europe, M. Galicki a cherché à faire prévaloir les propositions du Comité spécial. Les conventions sectorielles ont leur importance mais elles sont étroitement liées à la convention globale. La mise au point définitive du projet de convention sur l'élimination des actes de terrorisme nucléaire dépend des résultats des travaux sur la convention globale. M. Galicki approuve l'idée que l'ONU doit combattre le phénomène du terrorisme de plusieurs façons et note avec satisfaction que les États ont répondu à la résolution du Conseil de sécurité sur ce sujet. Il est très utile de consulter les rapports nationaux sur la lutte contre le terrorisme pour avoir une approche comparative. M. Galicki a hâte de participer à la mise au point définitive de la convention globale.

35. M. Galicki est d'accord avec le Conseiller juridique à propos de la nécessité de définir l'agression; cela est essentiel pour le bon fonctionnement de la Cour pénale internationale. Sans cela, la Cour n'est qu'un géant impuissant. Mais la Commission est-elle l'organe approprié pour cela ? Le problème est d'une telle importance sur le plan politique qu'il vaudrait peut-être mieux le résoudre ailleurs.

36. M. KOSKENNIEMI note qu'à la présente session, la Commission a entrepris d'examiner le sujet de la fragmentation du droit international, très important et très complexe, et qu'un groupe d'étude a été créé pour en étudier la portée exacte. De nombreux membres pensent que ce sujet couvre deux domaines. En premier lieu, il y a la question procédurale de la prolifération des tribunaux internationaux, aspect que le Conseiller juridique a lui-même mentionné. Une autre question, plutôt de fond, est liée à la diversification des activités normatives, c'est-à-dire à l'émergence des manières informelles de créer du droit international, non seulement par les voies diplomatiques ordinaires ou le sujet classique du droit international mais à travers différents types de pratiques normatives exercées par des représentants de la société civile. Il semble que c'est là que se situe l'avenir du droit international et le sujet de la fragmentation devrait couvrir cette question.

37. Le sujet correspond aux préoccupations exprimées au fil des ans par le Secrétaire général, qui, à maintes reprises, a souligné la nécessité pour l'ONU d'entrer dans un dialogue avec la société civile en faisant participer ses divers représentants informels et non diplomatiques. M. Koskenniemi pense en particulier à l'initiative du Secrétaire général intitulée « Pacte mondial » dans le cadre duquel les organes de l'ONU sont encouragés à collaborer avec des entreprises privées en vue de mieux faire connaître l'Organisation et ses activités et de mobiliser des soutiens en sa faveur.

38. Étant donné que la codification du droit international par des organes tels que la Commission commence à ressembler à une véritable relique, il est de plus en plus nécessaire d'y faire participer des représentants de la société civile tels qu'entreprises internationales, organisations non gouvernementales et leurs réseaux. À l'automne 2001, M. Koskenniemi a rencontré plusieurs représentants d'organes des Nations Unies à Genève et leur a demandé ce que la Commission pouvait faire pour les aider dans leurs activités en matière de protection des réfugiés, de droits de l'homme ou de commerce international. Leur réponse a été que la Commission ne devait pas y participer ! M. Koskenniemi demande instamment au Conseiller juridique d'examiner comment le Bureau des affaires juridiques pourrait coopérer avec la Commission en vue de concevoir des programmes visant à se rapprocher de la société civile, qui ne s'intéresse pas elle-même au travail de codification de la Commission. Il pourrait s'agir, par exemple, d'aider la Commission dans son étude de la fragmentation du droit international.

39. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission a établi un projet pour la Cour pénale internationale en très peu de temps. Celui-ci a constitué la base de travaux ultérieurs et de nombreux problèmes que certains y ont relevés se sont en fait révélés plus tard et non au moment des travaux de la Commission.

40. M. TOMKA dit qu'il suit de près les travaux de l'ONU dans le domaine juridique depuis une dizaine d'années. La participation de l'ONU aux activités normatives internationales s'est considérablement accrue. Des mesures révolutionnaires ont été prises et le Bureau des affaires juridiques a joué un rôle actif dans l'élaboration des statuts du Tribunal pénal international pour le Rwanda et du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, dans la préparation de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale et des travaux qui ont suivi ainsi que dans de nombreux autres domaines. Le Conseiller juridique et son personnel ont travaillé sur ces questions avec un grand dévouement, et il les en félicite.

41. M. Tomka pense qu'il devrait y avoir une division du travail dans les activités normatives internationales. Les droits de l'homme devraient être l'affaire des organes conventionnels et des États, et la Commission devrait continuer à se concentrer sur les questions qui lui étaient à l'origine destinées.

42. Les événements du 11 septembre 2001 ont montré que les conventions sectorielles ne suffisaient pas à couvrir tous les aspects du problème du terrorisme. Par

exemple, les auteurs de détournements d'avions peuvent être poursuivis en vertu de la convention appropriée. S'ils viennent à mourir, ceux qui les ont aidés à commettre leurs crimes peuvent être poursuivis. Mais quelle convention sera appliquée en réponse à la destruction du World Trade Center ? Pas la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif : les avions civils n'étant ni des explosifs ni d'autres engins mortels, M. Tomka doute que cette convention soit applicable, d'où la nécessité d'une convention globale contre le terrorisme.

43. Les partisans d'une telle convention devraient également contribuer à résoudre certains problèmes politiques de longue date dans diverses régions du monde qui, bien que n'étant pas directement liés à la convention en tant que telle, pourraient avoir des répercussions sur le rythme des négociations.

44. M. MOMTAZ dit que l'ONU est, dans une grande mesure, à l'origine du succès des élections qui ont eu lieu la semaine précédente en Sierra Leone. Il est toutefois préoccupé par le fait que le Tribunal spécial est chargé de traiter le problème de l'impunité tandis que la Commission Vérité et réconciliation a la tâche d'assurer la réconciliation nationale. Il prévoit un conflit entre ces deux approches et se demande si l'ONU a établi un mécanisme en vue d'éviter que de telles situations ne se reproduisent après d'autres conflits armés.

45. M. YAMADA dit que son pays, le Japon, et d'autres États asiatiques jugent extrêmement important que l'ONU contribue à traduire en justice les responsables de violations graves du droit humanitaire au Cambodge et discutent de cette question avec le Bureau des affaires juridiques. Lors d'une conversation récente avec l'Ambassadeur japonais, le Premier Ministre cambodgien, M. Hun Sen, a confirmé qu'il espérait encore recevoir l'assistance de l'ONU et le Gouvernement japonais est disposé à faciliter ce processus.

46. M. COMISSÁRIO AFONSO dit qu'il se joint à M. Galicki pour souligner le rôle important que la Commission peut jouer dans la tâche essentielle de définition du crime d'agression. Les résolutions des organes de l'ONU et d'autres documents pourraient servir de base à ces travaux. Il se demande si la Cour pénale internationale dispose des ressources financières nécessaires pour entrer en fonctionnement dans un avenir très proche. Enfin, l'ONU pourrait faire davantage pour aider les instances juridiques nationales à harmoniser la pratique, en particulier dans les pays qui ont besoin d'un renforcement des institutions.

47. M. CORELL (Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique) dit qu'il appartient aux États Membres de décider s'ils souhaitent progresser sur les questions liées au terrorisme, qui ont des ramifications politiques. Le Secrétaire général a participé aux efforts en vue de faciliter un accord entre les États durant la période qui s'est écoulée entre les réunions d'automne du Groupe de travail sur les mesures visant à éliminer le terrorisme international et le début des séances plénières de la Sixième Commission. Dans ce contexte, M. Corell a été prié de présenter des exposés devant plusieurs groupes, notamment l'Organisation de la Conférence islamique, et il est convaincu qu'une solution est à portée de main mais qu'elle pourrait dépendre du règlement des problèmes actuels au Moyen-Orient.

48. L'approche sectorielle s'est révélée très utile. Cependant, comme M. Comissário Afonso l'a fait observer, les instances juridiques nationales ne sont pas toutes dotées de moyens suffisants et il serait beaucoup plus facile pour les États d'adopter une seule convention globale contre le terrorisme plutôt qu'une série d'instruments traitant de différents aspects du problème.

49. Les commentaires de M. Pambou-Tchivounda se situent en dehors du domaine de compétence du Bureau des affaires juridiques et concernent des décisions qui doivent être prises par les organes politiques. Le rapport du Bureau des services de contrôle interne sur l'évaluation approfondie du programme relatif aux affaires juridiques qu'il a mentionné (*supra* par. 17) concerne une évaluation qui a été effectuée à des intervalles spécifiques par le Bureau à l'aide de méthodes très poussées, notamment l'examen du site Web du Bureau des affaires juridiques et une recherche tendant à déterminer si ses publications étaient citées dans d'autres études.

50. La Commission du droit international est un organe composé d'experts indépendants qui a été établi par l'Assemblée générale en vue de développer le droit international. Néanmoins, la Sixième Commission donne de plus en plus souvent des indications à propos des domaines sur lesquels les États Membres souhaiteraient que la Commission du droit international se concentre. Certains maintiennent que la Commission du droit international est libre d'aborder n'importe quel sujet mais ses travaux seraient peu utiles si les délégations ne s'intéressaient pas au produit final. Le Bureau des affaires juridiques fait partie du Secrétariat et peut donc dialoguer avec la Commission du droit international mais toute décision doit être prise par la Sixième Commission.

51. M. Daoudi s'est enquis du lien entre les travaux du Secrétariat et l'élaboration d'une convention globale sur le terrorisme. Le Bureau des affaires juridiques n'a pas lui-même participé à l'élaboration du projet de convention; il s'est surtout efforcé de déterminer ce que le Secrétaire général pourrait faire, de sa propre initiative ou en encourageant d'autres organes travaillant dans le domaine du terrorisme. Le rapport du Groupe de réflexion sur les implications du terrorisme pour les politiques de l'ONU[7] sera bientôt présenté au Secrétaire général, qui prendra alors une décision à ce sujet. Le Secrétariat collabore non seulement avec des experts juridiques, mais aussi avec des universitaires et des médias, de diverses manières. En particulier, il cherche à déterminer les causes profondes des actes terroristes car les conventions n'entrent en jeu qu'après qu'un crime a été commis. Toutefois, il n'abordera pas la question délicate d'une définition du terrorisme.

52. Les commentaires de M. Koskenniemi incitent beaucoup à réfléchir. Dans de nombreux pays, notamment l'Australie, la Finlande et la Nouvelle-Zélande, les

[7] A/57/273-S/2002/875, annexe.

travaux d'élaboration de projets de loi devant être soumis au parlement par le gouvernement étaient confiés à des commissions juridiques. La plupart de ces organes ont ensuite été remplacés par des commissions spécialisées chargées de formuler des propositions sur différents sujets. De même, les travaux juridiques dans certains domaines d'activité de l'ONU, tels que les droits de l'homme, sont confiés à des organes autres que la Commission, et plusieurs organes participent également au processus d'établissement de traités. L'article nº 97 du Règlement intérieur de l'Assemblée générale dit que les questions concernant une catégorie de sujets doivent être renvoyées à la ou les commissions chargées d'examiner cette catégorie de sujets. Toutefois, cette pratique n'a pas été suivie depuis des années et susciterait une immense consternation si elle était réintroduite. Il serait difficile et peut-être imprudent de freiner le processus actuel. Dans le passé, la Commission du droit international a demandé au Bureau des affaires juridiques de l'aider à établir des documents et à entreprendre des recherches, et cette possibilité peut être examinée. Mais, en fait, le Secrétariat est au service des organes législatifs de l'Organisation et ne doit pas intervenir sans qu'ils le lui demandent. M. Corell souhaite vivement poursuivre ce dialogue et suggère qu'il pourrait soulever cette question durant l'examen du budget ou du prochain plan à moyen terme, en faisant observer que le Secrétariat a intégré des analyses d'experts de la société civile dans un autre nouveau domaine, celui du clonage reproductif d'êtres humains.

53. M. Momtaz a soulevé une question classique. Dans le passé, des États tels que l'Afrique du Sud ont créé leurs propres institutions en vue de guérir les blessures de la nation. Dans le cas de la Sierra Leone, la décision a été prise par le Conseil de sécurité après consultation avec le Gouvernement. La relation entre le Tribunal spécial et la Commission Vérité et réconciliation est très importante; tous deux ont été établis en vertu du droit interne, conformément à la résolution 1315 (2000) du Conseil de sécurité, par un accord entre l'ONU et le Gouvernement, mais il incombera à ces deux institutions de développer leurs relations. Pour les aider dans cette tâche, le Bureau des affaires juridiques a organisé trois séminaires, deux à New York et un à Freetown. Le Procureur du Tribunal spécial et le Président de la Commission Vérité et réconciliation ont beaucoup de choses à examiner. En outre, les activités du Tribunal spécial seront axées sur un nombre relativement restreint de personnes, à savoir celles qui portent la plus lourde responsabilité pour les atrocités commises.

54. M. Corell sait bien que le Gouvernement japonais s'intéresse à la situation au Cambodge et ne peut que déplorer le tour inévitable que les événements ont pris là-bas. Toutefois, il s'agit d'une question politique qui dépend désormais des États Membres.

55. Le budget de la Cour pénale internationale a été établi et devrait être adopté en septembre 2002. Les États Membres verseront alors leurs contributions à un fonds central qui sera géré par le Greffier de la Cour; une procédure similaire a été suivie lorsque le Tribunal international du droit de la mer a été établi.

56. Ayant coopéré avec les instances juridiques de nombreux pays, y compris de pays d'Afrique, M. Corell a le plus grand respect pour ce qu'elles ont accompli avec des ressources extrêmement limitées. Dans certains cas, il n'y avait même pas de papier sur lequel imprimer les propositions de ratification d'instruments à présenter devant les parlements nationaux. Néanmoins, le Bureau des affaires juridiques ne peut pas collaborer directement avec de telles instances sans un mandat direct de l'Assemblée générale. M. Corell a fourni une liste de noms et de coordonnées utiles à des instances juridiques du monde entier, les a aidées à organiser des réunions informelles de conseillers juridiques, et a encouragé des collègues des pays développés à leur fournir une assistance, par exemple en faisant des dons aux bibliothèques juridiques de pays en développement. On peut toutefois faire beaucoup plus encore. Le Secrétaire général a noté dans son Rapport du Millénaire (« Nous les peuples : le rôle des Nations Unies au XXIe siècle »)[8] que de nombreux pays n'ont pas signé ou ratifié des conventions ou traités internationaux parce qu'ils n'avaient pas les compétences ni les ressources nécessaires; la coopération bilatérale pourrait contribuer à remédier à ce problème.

57. M. DUGARD demande au Conseiller juridique, en sa qualité de Secrétaire général adjoint de l'ONU, de faire part à ses supérieurs et collègues au Siège de sa préoccupation ainsi que celle d'autres membres de la Commission au sujet du fait que leurs honoraires ont été réduits à la somme généreuse d'un dollar et de transmettre leur espoir que ces honoraires seront bientôt réévalués à un niveau approprié.

La séance est levée à 11 h 50.

[8] A/54/2000.

2725e SÉANCE

Vendredi 24 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Tomka, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite*)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite)*

1. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant la section C de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1), dit que, contrairement à certains membres de la Commission qui considèrent que la clause Calvo appartient à une époque révolue où les États occidentaux intervenaient en Amérique latine, il estime que cette procédure fait partie intégrante de l'histoire et de l'évolution de la règle des recours internes et reste pertinente. C'est pourquoi il propose à la Commission le projet d'article 16 à ce sujet.

2. La clause Calvo est une disposition contractuelle par laquelle une personne se trouvant liée de son fait avec un État dont elle n'est pas ressortissante accepte de renoncer à demander la protection diplomatique de son État de nationalité et de s'en remettre exclusivement aux recours internes concernant l'exécution du contrat. Ce procédé avait été imaginé par le juriste argentin Carlos Calvo afin d'éviter que les ressortissants de puissances impérialistes occidentales présents en Amérique latine portent immédiatement tout différend de nature contractuelle avec le gouvernement de l'État hôte au niveau international, sans épuiser préalablement les recours internes. Depuis qu'elle existe, cette clause a fait l'objet de controverses. Les États latino-américains la considèrent comme une règle de droit international, et certainement du droit régional, et certains en ont inscrit le principe dans leur constitution, notamment le Mexique. Au contraire, les États occidentaux l'ont jugée contraire au droit international, arguant qu'en vertu du principe, qui est à la base de la fiction de Vattel, selon lequel le préjudice causé à un national est un préjudice causé à l'État lui-même, seul l'État peut renoncer au droit de protection diplomatique[4]. La principale jurisprudence en la matière est la décision prise par la Commission générale des réclamations États-Unis d'Amérique/Mexique dans l'affaire de la *North American Dredging Company* où il est apparu clairement que la clause Calvo était compatible avec le droit international en général et le droit de la protection diplomatique en particulier. Dans cette affaire, la société requérante avait passé un contrat avec le Gouvernement mexicain dans lequel figurait une disposition, l'article 18, en vertu de laquelle l'entreprise et les personnes participant à l'exécution des travaux acceptaient d'être traitées comme des Mexicains pour les questions liées à l'exécution du contrat, et l'intervention d'agents diplomatiques étrangers ne pouvait être admise en aucun cas pour toutes les questions concernant le contrat[5]. Lorsqu'un litige est survenu, le requérant n'a pas cherché à épuiser les recours internes comme le prévoyait l'article 18 du contrat, et, invoquant l'article V du compromis portant création de la Commission générale des réclamations[6], lequel permettait de déroger à la règle de l'épuisement des recours internes, a fait appel au Gouvernement des États-Unis d'Amérique pour qu'il porte l'affaire en son nom devant la Commission. Celle-ci a alors entrepris d'examiner les effets de l'article 18 du contrat et est arrivée à un certain nombre de conclusions qui sont exposées en détail à la section C.7 du rapport. En résumé, la Commission générale des réclamations a donc considéré la clause Calvo comme une promesse faite par l'étranger d'épuiser les recours internes. L'étranger renonçait ainsi à son droit de solliciter la protection diplomatique lorsqu'il présentait une réclamation liée à des dommages résultant du contrat, ou pour toute question relevant du contrat. Il n'en était pas pour autant privé du droit de solliciter la protection diplomatique s'il se heurtait à un déni de justice ou à une autre violation du droit international alors qu'il s'efforçait d'épuiser les recours internes ou de mener à bonne fin son contrat.

3. La décision prise dans l'affaire *North American Dredging Company* a été beaucoup critiquée par certains juristes, essentiellement à cause du refus de la Commission générale des réclamations de donner pleinement effet à l'article V du compromis ayant créé la Commission des réclamations, qui semblait dispenser le requérant de l'obligation d'épuiser les recours internes. Toutefois, il n'est plus possible de soutenir sérieusement que la clause Calvo est contraire au droit international. Le débat porte sur son objet et sa portée, dans le contexte notamment de cette affaire. Le Rapporteur spécial s'est efforcé au paragraphe 31 de son rapport de recenser les principes qui se dégagent de ce débat.

4. Tout d'abord, la validité de la clause Calvo n'est limitée qu'en ce sens qu'elle ne fait pas complètement obstacle à l'intervention diplomatique. Elle ne joue que dans le cas de litiges nés d'un contrat conclu entre un étranger et l'État hôte et prévoyant ladite clause, et non en cas de violation du droit international. Deuxièmement, la clause Calvo confirme l'importance de la règle de l'épuisement des recours internes. Selon certains auteurs, elle ne ferait même que la réaffirmer, alors que pour d'autres elle va au-delà. En effet, d'après la décision prise dans l'affaire *North American Dredging Company*, la clause Calvo peut priver d'effet une disposition d'un compromis autorisant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes. Troisièmement, le droit international ne fait pas obstacle au droit de l'étranger de renoncer par convention à sa faculté ou son droit propres de demander à son État de nationalité d'exercer la protection diplomatique en sa faveur. Quatrièmement, l'étranger ne peut par l'acceptation de la clause Calvo renoncer à des droits que le droit international confère à son gouvernement; le droit de la protection diplomatique est fondé sur la fiction de Vattel selon laquelle le préjudice causé à un particulier du fait d'une violation du droit international est un préjudice causé à l'État dont il est ressortissant. Cinquièmement, la renonciation que constitue la clause Calvo ne s'applique qu'aux litiges nés d'un contrat ou de la rupture d'un

---

* Reprise des débats de la 2719e séance.

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[4] Voir E. de Vattel, *Le droit des gens ou principes de la loi naturelle* (1758), Washington, Carnegie Institution, 1916, vol. III.

[5] Voir A. H. Feller, *The Mexican Claims Commissions, 1923–1934*, New York, Macmillan, 1935, p. 187.

[6] Ibid., p. 321 et suiv., en particulier p. 326.

contrat et ne peut être invoquée en cas de violation du droit international ni en particulier en cas de déni de justice. Cependant, des incertitudes subsistent quant à la notion de déni de justice lié au contrat contenant la clause Calvo ou découlant de celui-ci, ainsi qu'il ressort des écrits de García Amador, qui aboutit à la conclusion que la preuve d'une forme de déni de justice aggravée doit être apportée avant qu'une réclamation internationale puisse être présentée.

5. Le Rapporteur spécial rappelle que la clause Calvo est née de la crainte ressentie par les États d'Amérique latine de voir les États européens et les États-Unis d'Amérique intervenir dans leurs affaires intérieures sous le prétexte de la protection diplomatique. Les États européens et les États-Unis d'Amérique, de leur côté, craignaient que leurs ressortissants ne bénéficient pas d'une procédure équitable dans des pays dont ils considéraient les structures judiciaires comme insuffisantes. La situation a cependant changé depuis. Les États européens et les États-Unis d'Amérique respectent l'égalité souveraine des pays latino-américains, et ont désormais confiance en leurs systèmes judiciaires, qui font d'ailleurs l'objet d'un contrôle régional et international. La clause Calvo reste néanmoins un élément important de la conception latino-américaine du droit international, et cette doctrine influence l'attitude de pays en développement, africains ou asiatiques, qui redoutent les interventions d'États puissants dans leurs affaires intérieures. La doctrine Calvo, déjà reflétée dans la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale du 14 décembre 1962 sur la souveraineté permanente sur les ressources naturelles, est reprise dans des instruments internationaux tels que la Charte des droits et des devoirs économiques des États, contenue dans la résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale du 12 décembre 1974, qui prévoit, à l'article 2 (par. 2, al. *c*), que les différends concernant l'indemnisation consécutive à l'expropriation de biens étrangers sont réglés conformément à la législation interne de l'État qui prend des mesures de nationalisation. L'influence de la doctrine Calvo apparaît également dans la décision 24 de l'Accord de Carthagène sur l'intégration sous-régionale des pays andins (Pacte andin). Il est à noter, par contre, que l'Accord de libre-échange nord-américain (ALENA)[7], en autorisant les investisseurs étrangers à recourir à un arbitrage international sans avoir d'abord épuisé les recours internes, s'écarte quelque peu de la doctrine Calvo.

6. Le Rapporteur spécial estime que deux options s'offrent à la Commission : soit renoncer à élaborer une disposition sur le sujet au motif qu'elle serait superflue si l'on considère que la clause Calvo ne fait que réaffirmer la règle de l'épuisement des recours internes, soit au contraire prévoir une disposition sur ce point limitant la validité de la clause Calvo aux différends nés de contrats, sans préjudice du droit de l'État de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsqu'elle est lésée par un fait internationalement illicite de l'État partie au contrat. Tel est l'objet du projet d'article 16 proposé dont le paragraphe 2 dispose qu'une telle clause constitue une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes avant le recours à un règlement international du litige, et ce, même s'il existe un compromis contenant une disposition prévoyant une dérogation à la règle de l'épuisement des recours internes. Le projet reprend en somme les principes énoncés dans l'affaire *North American Dredging Company*, en disant clairement que la clause Calvo n'est pas contraire au droit international, que la renonciation à la protection diplomatique se limite exclusivement aux litiges découlant du contrat et que toute disposition dérogatoire à la règle de l'épuisement des recours internes figurant dans un compromis serait privée d'effet par la clause Calvo.

7. M. SEPÚLVEDA souligne la grande qualité des deux rapports présentés par le Rapporteur spécial, remarquables par la façon dont ils ordonnent et systématisent les concepts analysés et par la richesse des sources utilisées. Le traitement de cette question pourra constituer un complément à celui de la responsabilité internationale des États.

8. Le principe général de l'épuisement préalable des recours internes a déjà été étudié par la Commission, de même que les exceptions à la règle générale. Les idées centrales sur lesquelles s'articule l'analyse du Rapporteur spécial sont la primauté des lois et des tribunaux nationaux, en tant qu'expression de la souveraineté de l'État; la réaffirmation des compétences légales et politiques de l'État hôte; la possibilité offerte à celui-ci de réparer le préjudice subi par un étranger dans le cadre de son propre système juridique avant d'être appelé à rendre des comptes au niveau international; le principe d'égalité entre le national et l'étranger serait réduit à néant si celui-ci était soustrait à la juridiction nationale du fait de l'exercice de la protection diplomatique, ce qui reviendrait à nier la validité du système juridique de l'État hôte et le rôle des juridictions nationales lorsqu'il s'agit de résoudre des conflits surgis sur le territoire national. La violation d'une obligation internationale ne pourra être établie qu'après que l'individu lésé, ayant exercé les recours disponibles, n'aura pas obtenu satisfaction ou aura été victime d'un déni de justice. C'est alors seulement qu'une procédure internationale pourra être engagée, que ce soit devant des tribunaux arbitraux ou judiciaires, ou par le biais de la protection diplomatique.

9. M. Sepúlveda estime, comme le Rapporteur spécial, qu'aucune codification de la règle de l'épuisement des recours internes n'est complète sans la reconnaissance de la clause Calvo qui fait partie intégrante du droit constitutionnel de plusieurs pays latino-américains et du droit coutumier régional de l'Amérique latine. Il pense aussi qu'on ne peut plus soutenir que la clause Calvo est contraire au droit international en raison de deux principes essentiels, à savoir l'égalité souveraine des États, qui entraîne un devoir de non-intervention, et l'égalité de traitement entre nationaux et étrangers. De ce fait, quiconque s'établit dans un pays étranger accepte une communauté de destin avec les nationaux de ce pays. Il a donc droit à la même protection que ces derniers et la responsabilité du gouvernement est la même à l'égard des étrangers qu'à l'égard des nationaux. Sur le plan de la codification, comme le Rapporteur spécial l'a signalé, la clause Calvo est consacrée dans nombre d'instruments juridiques interaméricains. Certes, les États-Unis d'Amérique ont assorti leur ratification de réserves, en réaffirmant leur droit à

[7] Accord de libre-échange nord-américain entre le Gouvernement du Canada, le Gouvernement des États-Unis d'Amérique et le Gouvernement des États-Unis du Mexique, Ottawa, Ministère canadien des approvisionnements et services, 1992.

l'exercice de la protection diplomatique. Il n'en demeure pas moins que la Charte de l'Organisation des États américains, qui n'a fait, elle, l'objet d'aucune réserve de la part d'aucun des États américains, donne une définition radicale de la non-ingérence, en interdisant toute forme d'ingérence, directe ou indirecte, pour quelque motif que ce soit, dans les affaires intérieures ou extérieures d'un État.

10. Quant à la jurisprudence en la matière, le Rapporteur spécial a indiqué à juste titre que la décision rendue dans l'affaire *North American Dredging Company* constitue une ligne de partage permettant de distinguer deux périodes, avant et après l'affaire. La Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique a établi la validité d'un contrat de concession par lequel le bénéficiaire étranger a accepté de jouir des mêmes droits en matière de réclamation qu'un ressortissant mexicain, sans prétendre à d'autres droits que ceux reconnus aux Mexicains. À cette occasion, elle a défini les règles suivantes : un équilibre doit être établi entre le droit souverain de la juridiction nationale et le droit des nationaux à la protection de leur État; il n'existe aucune règle de droit international qui interdise de limiter le droit à la protection diplomatique; un étranger ne peut s'opposer au droit qu'a son gouvernement de présenter une réclamation internationale en cas de violation d'une obligation internationale qui lui a causé un préjudice; la Commission n'a pas pu évoquer une règle généralement admise en droit international positif donnant à un gouvernement le droit d'intervenir pour annuler un contrat en bonne et due forme conclu par un de ses ressortissants; pareil contrat oblige le bénéficiaire à se soumettre à la législation mexicaine et à faire valoir les recours internes qu'elle prévoit; un déni de justice ou toute autre violation du droit international fait naître le droit à la protection diplomatique.

11. C'est en se fondant sur cette jurisprudence que le Rapporteur spécial a dégagé une série de dénominateurs communs appelés à servir d'éléments de codification d'une règle en la matière : la clause Calvo s'applique dans le cas de litiges liés à un contrat passé entre un étranger et l'État hôte, contrat dans lequel elle doit figurer; la clause ne s'applique pas en cas de violation du droit international; la clause confirme la validité de la règle coutumière de l'épuisement des recours internes; le droit international n'empêche pas un étranger d'exercer un droit à ne pas demander la protection de son gouvernement; une personne privée ne peut renoncer à des droits qui, en vertu du droit international, appartiennent à l'État; l'étranger, par la clause Calvo, s'engage à ne pas solliciter la protection de son gouvernement en cas de différend lié à l'application du contrat, mais cela ne vaut pas en cas d'éventuel déni de justice ou autre manquement au droit international.

12. À ces éléments constitutifs d'une règle proposés par le Rapporteur spécial, M. Sepúlveda souhaiterait joindre le principe énoncé dans la base de discussion nº 26 établie en 1929 par le Comité préparatoire de la Conférence pour la codification du droit international, tenue à La Haye en 1930, et qui est énoncé en note de bas de page à la section C.5 du troisième rapport à l'étude : « Si, dans un contrat, un étranger a valablement accepté la compétence exclusive des tribunaux locaux, cette disposition est obligatoire pour tout tribunal international auquel est soumise une demande en vertu de ce contrat »[8]. On retrouve l'esprit de cette disposition à l'article 27 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États, de 1965, qui est cité à la section C.9 du rapport à l'étude. Les tribunaux d'arbitrage qui ont eu à appliquer cette convention ont, avec constance, conclu qu'aucun État contractant n'accorde la protection diplomatique ou ne formule de revendication internationale au sujet d'un différend que l'un de ses ressortissants et un autre État contractant ont consenti à soumettre ou ont soumis à l'arbitrage dans le cadre de la Convention, sauf en cas de non-respect ou de non-exécution de la sentence rendue. Il existe dans ce sens une jurisprudence arbitrale solide. On trouve aussi un principe équivalent dans des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, notamment au paragraphe 1 *c* de l'article 41 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, lequel dispose que le Comité des droits de l'homme ne peut connaître d'une affaire qui lui est soumise qu'après s'être assuré que tous les recours internes disponibles ont été utilisés et épuisés, conformément aux principes de droit international généralement reconnus.

13. En conclusion, M. Sepúlveda accepte la recommandation du Rapporteur spécial d'élaborer une disposition qui reprendrait les termes de la clause Calvo et qui, à ce titre, refléterait la jurisprudence, la doctrine et une partie de la pratique des États en la matière réaffirmant le rôle des juridictions internes. Ce faisant, la Commission codifierait une norme de droit coutumier régional qui, vu l'évolution récente du droit international, peut légitimement accéder au rang de règle universelle.

14. M. BROWNLIE note que le rapport à l'étude, bien documenté et utile, administre la preuve que la question de la clause Calvo ne revêt pas qu'un intérêt historique. Mais, aussi importante soit-elle, elle est étrangère au statut de la Commission, notamment à l'article 15 : en effet, elle n'est pas une règle de droit et ne se prête donc pas à la codification. Du reste, si la Commission devait la codifier, elle serait tenue de se prononcer sur la licéité ou non de la clause, ce qui est inacceptable. La clause Calvo n'est qu'un simple procédé technique de rédaction des contrats. Quant à la « fiction de Vattel », évoquée à la section C.8 du rapport, qui part du principe que le préjudice causé à un particulier est un préjudice causé à l'État dont l particulier est ressortissant, elle n'en est pas une et ne saurait en aucune manière dispenser d'un examen au cas par cas de l'exercice de la protection diplomatique. C'est pourquoi M. Brownlie pense que le projet d'article 16 présenté par le Rapporteur spécial ne devrait pas être renvoyé au Comité de rédaction.

15. M. PELLET relève que le rapport à l'étude vient le conforter dans sa conviction, exprimée lors d'une intervention précédente, que l'examen de la clause Calvo, auquel il n'est pas opposé dans son principe, devrait s'inscrire dans le cadre de la question plus vaste de la renonciation à la protection diplomatique. En effet, le rapport prétend porter et ne porter que sur cette clause, mais en

[8] Voir Société des Nations, Conférence pour la codification du droit international, *Bases de discussion établies par le Comité préparatoire à l'intention de la Conférence*, t. III : *Responsabilité des États en ce qui concerne les dommages causés sur leur territoire à la personne ou aux biens des étrangers* (doc. C.75.M.69.1929.V), p. 135; reproduit dans *Annuaire… 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 2, p. 225.

réalité il porte également sur d'autres institutions, et en particulier sur la renonciation à l'exercice de la protection diplomatique par l'État lui-même, problème qui se pose en des termes fort différents de ceux de la clause Calvo proprement dite. À cet égard, M. Pellet partage pour l'essentiel l'analyse de M. Brownlie et convient avec lui que la clause Calvo est une pratique; mais il ne souscrit pas à sa conclusion et pense, pour sa part, que ce fait ne dispense pas forcément de s'interroger sur la question de savoir si cette pratique est conforme au droit international et quels sont ses effets en droit international. Il y a là à l'évidence matière à discussion juridique, voire à codification ou développement progressif du droit international.

16. Dans son rapport, le Rapporteur aurait dû distinguer très clairement les deux aspects de la question, à savoir la renonciation par un individu à la protection diplomatique de son État national, et la renonciation par l'État à l'exercice de la protection nationale – ce qu'il n'a pas fait, rendant plus difficile, voire impossible, la définition même de la clause Calvo. Sur ce point, M. Pellet n'est pas sûr que le Rapporteur spécial ait eu raison de se rallier à la définition de García Amador[9], comme il semble ressortir de la section C.3 du rapport. En effet, si la première et la troisième hypothèses peuvent réellement apparaître comme des avatars de ce que M. Pellet, pour sa part, croit être « la » clause Calvo, la deuxième, qui est tout simplement une clause arbitrale contractuelle, ne se rattache pas à la doctrine Calvo, sauf si, parallèlement à l'engagement d'arbitrage, le cocontractant étranger renonce à la protection diplomatique de son État national. La clause Calvo est en effet essentiellement une disposition contractuelle par laquelle le cocontractant étranger renonce à la protection diplomatique de l'État dont il est ressortissant.

17. M. Pellet n'est cependant pas certain que cela suffise, car il se demande si cette définition de la clause doit s'appliquer à n'importe quel contrat, ou s'il faut la limiter aux seuls contrats d'État, voire aux seuls contrats de concession, comme il semble découler, par exemple, de l'article 27 de la Constitution mexicaine citée en note de bas de page à la section C.9 du rapport, alors même que le Rapporteur spécial présente le Mexique comme le défenseur le plus convaincu de la clause Calvo. Quoi qu'il en soit, M. Pellet croit qu'il n'est possible de parler de clause Calvo que dans le cas d'un contrat d'État, ce que laisse entendre d'ailleurs le paragraphe 1 du projet d'article 16 proposé par le Rapporteur spécial. Cela dit, le problème se pose tout de même de savoir quel serait le sort d'une telle clause dans un contrat entre un national et une personne privée étrangère.

18. M. Pellet croit que le Rapporteur spécial a une conception beaucoup plus générale, ou plus floue peut-être, de la clause Calvo, comme l'attestent les exemples qu'il cite aux sections C.4 et C.9 de ce qu'il appelle la clause Calvo : la Convention relative aux droits des étrangers, de 1902, l'article 9 de la Convention concernant les droits et devoirs des États, signée à Montevideo en 1933, l'article VII du Traité américain de règlement pacifique (Pacte de Bogota), de 1948, les décisions 24 et 220 du Pacte andin et l'article 27 de la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États. Or, pour M. Pellet, il ne s'agit là nullement de « clauses Calvo » : ce sont des engagements, plus ou moins clairs d'ailleurs, pris par les États concernés de ne pas exercer leur protection diplomatique, ou d'en limiter l'exercice. Ce sont des clauses conventionnelles qui figurent dans des traités, et non des clauses contractuelles figurant dans des contrats. À ce titre, elles posent des problèmes de validité, si tant est qu'elles en posent, très différents de ceux des « vraies » clauses Calvo. Il va de soi que les États peuvent s'engager à ne pas exercer leur protection diplomatique, c'est-à-dire le droit qu'ils ont de faire respecter leur droit propre en la personne de leurs ressortissants, pour reprendre la célèbre formule de l'arrêt rendu par la CPJI dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*. En effet, il ne faut pas oublier, comme l'a rappelé la Cour internationale de Justice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, que l'État doit être considéré comme seul maître de décider s'il exercera sa protection. Le national de l'État ne peut se substituer à lui, car il s'agit non pas de ses droits propres mais de ceux de l'État, si, du moins, n'est pas remise en cause la fiction sur laquelle repose la formule *Mavrommatis*. Il semble qu'elle ne le soit pas et M. Pellet le regrette. Même s'il est possible de dire actuellement que les individus sont des sujets du droit international et que l'État représente les individus.

19. M. Pellet reconnaît qu'on ne saurait pour autant déduire de ces observations que la clause Calvo est contraire au droit international : un particulier ne peut renoncer à un droit qui ne lui appartient pas, mais il peut, en revanche, s'engager d'abord à respecter exclusivement les lois du pays d'accueil et ensuite à ne pas rechercher la protection diplomatique de son État d'origine. Il renonce par là à un droit de saisine, et non à la protection elle-même. Ce qu'il ne peut pas faire, c'est garantir que son État national n'interviendra pas, non pas en sa faveur, mais pour faire respecter son droit de voir le droit international respecté en la personne de son ressortissant.

20. C'est bien là l'orientation que le Rapporteur spécial semble avoir adoptée, telle qu'elle ressort de la section C.8 du rapport à l'étude et du paragraphe 1 du projet d'article 16. Il reste que M. Pellet n'est pas toujours convaincu par le raisonnement suivi par le Rapporteur spécial pour parvenir à cette conclusion et qu'il nourrit des réticences à l'égard de la rédaction même du projet d'article.

21. En ce qui concerne le raisonnement, les « arguments » liés à la renonciation par l'État à la protection diplomatique de ses ressortissants semblent exacts en eux-mêmes et peuvent aller dans le sens souhaité par Calvo lui-même, mais ils sont sans incidence sur le problème qui intéresse la Commission, à savoir la validité ou la portée des clauses Calvo au seul sens exact que M. Pellet leur attribue, c'est-à-dire au sens de dispositions contractuelles par lesquelles une personne étrangère renonce à la protection diplomatique de son État national. D'ailleurs, les exemples de « fausses clauses Calvo conventionnelles » que cite le Rapporteur spécial ne sont pas des renonciations totales à la protection diplomatique : il s'agit en général bien plus de dispositions conventionnelles réaffirmant et cernant d'ailleurs quelquefois

[9] Voir F. V. García Amador, "State responsibility: some new problems", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1958-II*, Leyde, Sijthoff, 1959, p. 455 et 456; et troisième rapport sur la responsabilité internationale, *Annuaire... 1958*, vol. II, doc. A/CN.4/111, p. 60.

la règle de l'épuisement des recours internes. Tel est le cas de la Convention relative aux droits des étrangers, de la Convention concernant les droits et devoirs des États et du Pacte de Bogota. D'autres exemples, classés à tort sous l'appellation « clause Calvo », comme les décisions 24 ou 220 du Pacte andin, se bornent à rappeler que le droit applicable à un contrat transnational est, en principe, le droit de l'État où le contrat est mis en œuvre – ce qui ne veut pas dire que, si l'État hôte viole une règle de droit international dans l'application du contrat, la protection diplomatique est exclue. Enfin, M. Pellet ne croit pas que la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale ou la Charte des droits et devoirs économiques des États constituent une « réaffirmation classique de Calvo », et encore moins une réaffirmation de la validité des clauses Calvo, comme il est dit à la section C.9 du rapport : il s'agit plutôt de la réaffirmation du principe énoncé par la CPJI dans l'affaire des *Emprunts serbes*, selon lequel « [t]out contrat qui n'est pas un contrat entre des États en tant que sujets du droit international a son fondement dans une loi nationale » [arrêt, p. 41]. Il en découle que c'est le droit national, et lui seul, qui est applicable, sauf disposition contraire. Et ce problème est tout à fait différent de celui de la validité des clauses Calvo.

22. À cet égard, M. Pellet comprend mal l'argument avancé à la section C.8 du rapport où il est dit que « la renonciation au nom de la clause Calvo ne joue que s'agissant des litiges nés d'un contrat ou de la rupture d'un contrat qui en tout état de cause ne constitue pas une violation du droit international ». Mais n'est-ce pas là énoncer une évidence ? La protection diplomatique ne peut, de toute manière, jouer que si un fait internationalement illicite a été commis, et c'est le droit international qu'il s'agit de faire respecter, jamais le contrat en tant que tel. La question qui se pose alors est de savoir si la rupture du contrat est ou non contraire au droit international. Enfin, M. Pellet doute que la décision de la Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique dans l'affaire *North American Dredging Company*, et celles de la même Commission qui l'ont suivie, constitue l'essence même de la jurisprudence en la matière. Il lui semble que d'autres décisions juridictionnelles et arbitrales, tout aussi respectables, sont également pertinentes dans ce domaine, comme la sentence Ralston de 1904 dans l'affaire *Martini*, ou l'arrêt nº 2 de la CPJI dans l'affaire relative à l'*Usine de Chorzów*. Or, ces précédents sont beaucoup plus réservés à l'égard de la clause Calvo que l'affaire *North American Dredging Company*, qui, elle-même, est pour le moins ambiguë, comme le montre d'ailleurs le Rapporteur spécial.

23. Ces observations faites, qui pourraient avoir leur place dans le commentaire du projet d'article 16, M. Pellet passe au projet d'article lui-même. Il déclare souscrire à l'idée générale qui sous-tend le paragraphe 1, mais a quelques critiques à formuler à propos de la rédaction elle-même du projet. Premièrement, il croit qu'il ne faut pas, dans une disposition de ce genre, énumérer des « variétés » de clause Calvo, qui ne font pas justice à l'imagination des juristes qui les rédigent. Ces clauses sont en effet très diversifiées et une formule beaucoup plus générale serait plus satisfaisante. Il suffirait de dire, dans une première phrase, qu'un étranger peut valablement renoncer à invoquer la protection diplomatique, peut-être en précisant qu'il peut le faire « par contrat », mais cela ne s'impose pas car, somme toute, il peut aussi y renoncer en dehors du contrat. Deuxièmement, M. Pellet a des doutes quant à l'opportunité de parler du « droit » d'invoquer la protection diplomatique : le mot « droit » peut prêter à confusion, car il pourrait être rapproché de la notion de « droit à la protection diplomatique », laquelle n'existe pas en droit international. L'État a le droit de protéger, mais il n'y a pas de droit à la protection.

24. Troisièmement, dans la deuxième phrase du paragraphe 1 de l'article 16, il faudrait éviter d'employer le mot « stipulation », qui a un sens trop spécifique, et le remplacer par « disposition ». Quatrièmement, il serait préférable de remplacer dans la même phrase l'expression « n'affecte en rien » par, tout simplement, « n'affecte pas ». Cinquièmement, il faudrait suivre au plus près possible, en français comme en anglais, la rédaction de la formule *Mavrommatis*, et donc remplacer « au bénéfice de » par « en faveur de ». Une sixième modification, nettement plus importante, s'impose, à savoir la suppression du dernier membre de phrase du paragraphe 1 (« ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité »), d'abord parce que la signification de l'adverbe « directement » n'est pas claire. En effet, ou bien l'État est directement lésé – lui aussi – et l'on n'est pas dans une hypothèse de protection diplomatique, ou bien seul le particulier est la victime directe du préjudice mais, de toute manière, toujours selon la formule *Mavrommatis*, l'État a le droit de faire respecter le droit international en la personne de son ressortissant et l'hypothèse visée dans ce membre de phrase n'a rien de particulier.

25. Enfin, M. Pellet est très opposé au paragraphe 2 du projet d'article 16 car il lui semble contredire tout ce que dit le projet sur l'épuisement des recours internes. L'existence d'une clause Calvo n'est nullement nécessaire pour créer une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes. Cette présomption existe indépendamment de toute clause contractuelle. C'est même une condition majeure pour l'exercice de la protection diplomatique. Par contre, M. Pellet se demande s'il ne faudrait pas insérer dans le projet d'article 16 un nouveau paragraphe 2 si, comme il l'espère, la Commission renonce au texte actuel, qui préciserait que l'État dont le particulier lésé est ressortissant peut valablement et sans restriction renoncer à exercer sa protection diplomatique. En effet, ce qui va sans dire va encore mieux en le disant. Dans ce cas, bien sûr, l'article 16 couvrirait un domaine plus large que celui de la clause Calvo et devrait s'intituler : « Renonciation à la protection diplomatique ».

26. Au début de sa présentation, le Rapporteur spécial a dit qu'il estimait que son projet devait absolument mentionner la clause Calvo. Étant donné les divergences de vues que M. Pellet pressent à ce sujet au sein de la Commission, il serait peut-être plus prudent de renoncer à une disposition qui n'est en fait que la conséquence d'autres principes qui figurent ailleurs dans le projet d'articles, à savoir la formule *Mavrommatis* et l'exigence indiscutable de l'épuisement des recours internes.

27. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se demande si tout l'intérêt de l'examen de la clause Calvo en rapport avec la règle de l'épuisement des recours internes ne devrait pas se situer plutôt au niveau de la portée d'une clause

figurant dans un contrat passé entre un particulier et un État. Il souscrit entièrement à l'observation de M. Pellet selon laquelle il ne s'agit pas de n'importe quel contrat mais d'un contrat d'État.

28. Pour ce qui est de la renonciation, la clause en question permettrait à un particulier de se croire autorisé par son État de nationalité à prendre en son nom l'engagement que l'État ne mettra pas en œuvre un droit dont il est pourtant le titulaire. Comme l'a fait remarquer M. Pellet, ce droit n'appartient pas au particulier mais bien à l'État. Le problème de la validité de la clause Calvo se pose donc plutôt entre les seules parties au contrat. Il conviendrait de déterminer en quoi l'État dont le ressortissant se permet de dire qu'il renonce à la protection diplomatique est lié par une telle déclaration. Par ailleurs, il est important de s'interroger sur le moment où l'État pourrait effectuer une telle renonciation. Serait-ce au moment de la conclusion du contrat entre le particulier et l'État cocontractant ou bien au moment où, le litige étant né, le particulier se tourne vers son État de nationalité pour solliciter sa protection ? Il s'agit de localiser dans le temps l'exercice de la renonciation par l'État d'origine du particulier pour qu'elle puisse avoir un effet. Il y a là un problème de validité mais aussi d'opposabilité.

29. M. Sreenivasa RAO fait observer que la clause Calvo a, certes, une importance historique mais que, dans la pratique, elle est de moins en moins utilisée. Par exemple, la plupart des États concluent aujourd'hui des accords en matière d'investissement qui prévoient le recours direct à un arbitrage international en cas de litige. Il craint que la Commission ne consacre trop de temps à l'examen d'une question qui a perdu beaucoup de sa pertinence.

30. M. SEPÚLVEDA estime que la clause Calvo ne doit pas être considérée comme une relique. Au Mexique, toute société étrangère qui se constitue conformément à la législation nationale a l'obligation de souscrire un contrat comportant ce type de clause. L'arbitrage international n'est prévu que pour certaines catégories de litiges. Dans la majorité des cas, pour tout ce qui a trait à l'interprétation ou à l'exécution d'un contrat, la société étrangère doit respecter une clause Calvo, c'est-à-dire accepter de se soumettre à la législation nationale.

31. Le PRÉSIDENT dit qu'il n'a pas le sentiment que l'intervention de M. Sepúlveda aille dans une direction fondamentalement opposée à celle de M. Sreenivasa Rao ou de M. Brownlie. Il ne s'agit après tout que d'une clause contractuelle, et il faudrait veiller à ne pas trop s'écarter de l'objectif principal de la Commission, qui est de produire des résultats concrets et acceptables par tous.

Actes unilatéraux des États *(suite*)* [A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2[10], A/CN.4/521, sect. D]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

32. M. KAMTO dit qu'il ne faudrait pas perdre de vue le travail important qui a été fait depuis des années sur le sujet des actes unilatéraux. Il rappelle que la question fondamentale qui se pose à la Commission est de savoir s'il existe en droit international un être juridique dénommé « acte unilatéral » et, dans l'affirmative, quel doit être le régime juridique qui gouverne un tel acte. Il salue le travail effectué par le Rapporteur spécial dans son cinquième rapport (A/CN.4/525 et Add.1 et 2), qui représente un très net progrès par rapport à ce qui a été fait précédemment. Outre le récapitulatif, très utile tant pour les nouveaux membres de la Commission que pour les anciens, il expose le résultat de recherches approfondies dans les domaines doctrinal et jurisprudentiel. À ce propos, M. Kamto partage l'avis exprimé par M. Gaja et d'autres intervenants, selon lequel on manque cruellement d'informations sur la pratique des États. M. Sepúlveda a indiqué des sources très pertinentes qui pourraient permettre à la Commission de poursuivre ses travaux sans attendre la réponse des États au questionnaire.

33. Formulant tout d'abord des remarques d'ordre général sur l'ensemble du chapitre premier du cinquième rapport, M. Kamto attire l'attention du Rapporteur spécial sur certaines redites, notamment aux paragraphes 99 et 100. Au paragraphe 106, le Rapporteur spécial parle de « défauts de manifestation de la volonté » mais cette expression n'est pas très claire. Peut-être s'agit-il d'un problème de traduction. Il faudrait en tout cas préciser si le terme « défauts » désigne des vices qui pourraient entacher la manifestation de la volonté ou bien l'absence de manifestation de la volonté. Sur le plan du fond, l'une des questions importantes est de déterminer si l'acte unilatéral constitue une source de droit international de même niveau que les sources habituelles, à savoir le traité et la coutume. En d'autres termes, un acte unilatéral peut-il déroger au droit international général ou à des obligations *erga omnes* ? M. Kamto estime que l'acte unilatéral ne devrait jamais prévaloir sur le droit international général ni sur les dispositions d'une convention multilatérale à laquelle l'État auteur de l'acte unilatéral est partie. La jurisprudence contient d'ailleurs plusieurs indications qui vont dans ce sens. Par exemple, dans l'affaire du *Vapeur* Wimbledon, la CPJI, se prononçant sur le refus de l'accès au canal de Kiel opposé à ce navire en vertu des ordonnances allemandes sur la neutralité promulguées à l'occasion de la guerre russo-polonaise, a jugé qu'une ordonnance de neutralité, acte unilatéral, ne saurait prévaloir sur les dispositions d'un traité de paix (en l'occurrence le Traité de paix entre les Puissances alliées et associées et l'Allemagne [Traité de Versailles]). L'acte unilatéral est donc bien une source de droit international mais pas du même niveau que le traité et la coutume.

34. Au paragraphe 87 du rapport, il faudrait remplacer l'expression latine figurant entre parenthèses, à savoir *pacta sunt servanda*, par *acta sunt servanda*. Cela dit, la principale question est de savoir si cette formule doit être retenue. Au paragraphe 94, il est dit que l'État est libre de formuler des actes unilatéraux en dehors du cadre du droit international, mais que de tels actes ne peuvent en aucun cas être contraires à une norme de *jus cogens*. M. Kamto souhaiterait savoir si l'expression « en dehors » concerne

* Reprise des débats de la 2723e séance.

[10] Voir *supra* note 3.

la formulation ou les effets de l'acte unilatéral. Ce qui importe, ce sont bien les effets.

35. Passant au texte des projets d'article proposés au paragraphe 119 du rapport, M. Kamto relève deux problèmes de terminologie. En premier lieu, il est question à l'article 5 *c* de corruption du « représentant de l'État » alors qu'à l'article 5 *d* on parle de « la personne qui accomplit l'acte ». Il n'est pas nécessaire d'employer deux expressions différentes et, étant donné que dans le cadre des actes unilatéraux la notion de représentation n'est pas pertinente, il serait préférable de dire dans les deux cas « la personne qui accomplit l'acte ». À l'article 5 *h*, il est fait mention d'« une norme impérative du droit interne ». M. Kamto se demande ce que signifie cette expression. S'agit-il d'une norme constitutionnelle ? En tout état de cause, il vaudrait mieux s'en tenir au terme figurant dans la Convention de Vienne de 1969, à savoir norme « fondamentale ». A priori, les projets d'articles 5 *d* et 5 *e* font double emploi, à moins que le Rapporteur spécial veuille de la sorte établir une distinction entre la contrainte qui s'exerce sur la personne qui accomplit l'acte et la contrainte, représentée par la menace ou l'emploi de la force, qui s'exerce sur l'État et l'amène à formuler un acte unilatéral.

36. En ce qui concerne l'interprétation des actes unilatéraux, le paragraphe 123 du rapport ne permet pas de déterminer clairement si le Rapporteur spécial se réfère à l'affaire de la *Compétence en matière de Pêcheries* opposant l'Espagne et le Canada ou à l'affaire de la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*. En tout état de cause, le Rapporteur spécial semble dire qu'il ne fait pour l'instant que donner des indications sur ce que seront ses propositions. M. Kamto se réserve donc le droit de revenir plus tard sur cette question de l'interprétation des actes unilatéraux.

37. M. PELLET appuie résolument la suggestion tendant à étudier la relation entre les actes unilatéraux et les autres sources du droit international. L'étude de cet aspect n'était peut-être pas indispensable dans le cas de la Convention de Vienne de 1969 mais, s'agissant des actes unilatéraux, c'est un point très intéressant et important et il conviendrait d'encourager le Rapporteur spécial à ne pas s'en tenir au schéma de cette convention.

38. M. KOSKENNIEMI se dit opposé à l'idée que les actes unilatéraux puissent être assimilés à des sources du droit international. Ces actes créent des obligations et non du droit, et l'usage malencontreux du terme « nullité » dans l'ensemble du projet d'article 5 dénote une incapacité à énoncer la théorie des actes unilatéraux en termes d'obligations réciproques entre États qui peuvent être, dans certaines circonstances, réciproquement « opposables ». Ces obligations juridiques réciproques ne sauraient être considérées comme découlant d'une condition générale de validité des actes unilatéraux; elles dépendent de la nature concrète du rapport entre les parties, celle qui agit et celles qui ont tenu compte de cet acte ou s'y sont fiées. Le projet d'article 5 ne doit pas être renvoyé au Comité de rédaction, parce qu'il pose des problèmes qui ne sont pas d'ordre simplement rédactionnel.

39. Le PRÉSIDENT se demande si le débat ne tourne pas au fond autour de quelque chose de très proche de la notion d'estoppel.

40. M. KAMTO dit que, si l'on pousse jusqu'au bout le raisonnement de M. Koskenniemi, on aboutit à la position des volontaristes selon lesquels il n'y a pas d'acte unilatéral en droit international : tout acte juridique ou toute source du droit international exprime deux volontés concordantes même s'il peut y avoir un décalage dans le temps entre la manifestation de ces deux volontés, c'est-à-dire un consentement dissocié. Or, l'acte unilatéral ne crée généralement pas d'obligations réciproques et ne relève pas d'un processus bilatéral ou multilatéral direct ou instantané avec d'autres sujets du droit international. Bien entendu, certains actes unilatéraux ne se démarquent pas nettement des accords internationaux, mais, dans d'autres cas, la frontière entre les deux existe bien. En tout état de cause, l'étude des rapports avec les sources du droit international, même si elle est d'ordre doctrinal, permet de mieux situer la notion d'acte unilatéral et, par ailleurs, n'affecte pas la poursuite de la codification du sujet par la Commission.

41. M. TOMKA se pose tout d'abord la question de l'état d'avancement des travaux de la Commission sur le sujet. L'étude de ce dernier a débuté en 1997 et n'a produit jusqu'à présent que quatre projets d'article dont le Comité de rédaction est saisi. La Commission se retrouve un peu dans la situation où elle était, il y a 40 ou 45 ans, pour l'étude du sujet de la responsabilité des États. À l'époque, le premier Rapporteur spécial, García Amador, s'était intéressé à un aspect particulier du sujet puis, devant l'absence de résultat par ce biais, le deuxième Rapporteur spécial, avec l'aval de la Commission, a tenté d'établir des règles générales. Peut-être conviendrait-il, sur le sujet des actes unilatéraux, de faire l'inverse, c'est-à-dire d'étudier systématiquement les différentes catégories d'actes unilatéraux afin d'en tirer des éléments de généralité. La catégorie de la promesse, par exemple, que le Conseiller juridique de l'ONU a abordée dans son intervention devant la Commission, pourrait être intéressante et le Rapporteur spécial devrait étudier de manière plus détaillée les effets juridiques, les possibilités d'exécution et les conséquences des exemples de promesse qu'il cite dans son rapport.

42. L'acte unilatéral n'est pas un mécanisme créateur de droit ou de normes. Dans la convention comme dans la coutume, il faut la participation de plusieurs États et une volonté commune. L'acte unilatéral peut tout au plus être à l'origine d'une pratique étatique qui elle-même finit par créer une norme.

43. Sur la question de la nullité des actes unilatéraux [projets d'articles 5 *a* à 5 *h*], le Rapporteur spécial, au paragraphe 99 de son rapport, établit une distinction entre nullité absolue et nullité relative, mais il donne à la fin du paragraphe un exemple de nullité relative qui semble être en contradiction avec le projet d'article 5 *h*. Cette distinction entre absolu et relatif n'est peut-être pas nécessaire dans le texte d'un projet d'article et le Comité de rédaction trouvera probablement une autre façon de l'exprimer. Toujours au paragraphe 99 du rapport, l'un des exemples de nullité absolue a trait à la contrainte exercée sur le représentant de l'État mais, s'il y a contrainte, il n'y a pas

volonté, donc pas d'acte juridique. Il s'agit donc d'un non-acte et non d'un acte frappé de nullité absolue. Il semble donc que les actes de nullité absolue correspondraient aux projets d'articles 5 *e* et 5 *f* et les cas de nullité relative aux projets d'articles 5 *a* – moyennant la prise en compte de la réaction de bonne foi des autres États –, 5 *b*, 5 *c* et 5 *h*. Sur le projet d'article 5 *g*, M. Tomka partage le point de vue de M. Simma. L'ensemble des projets d'articles 5 *a* à 5 *h* nécessite en tout état de cause d'être affiné.

44. M. Sreenivasa RAO dit que le processus de théorisation du sujet des actes unilatéraux de l'État ne semble pas avoir atteint le point critique nécessaire pour poursuivre son développement, en raison de la portée que le Rapporteur spécial lui-même confère au sujet. Certes, le Rapporteur spécial a abandonné la référence à la notion d'autonomie de l'acte unilatéral dans la définition de celui-ci mais il continue de le traiter comme un acte autonome et d'essayer d'en étudier la valeur en droit, ce qui est le nœud du problème. Les actes unilatéraux, et les différentes formes par lesquelles ils s'expriment, peuvent présenter un intérêt, voire avoir des effets, sur le plan juridique, mais ils ne sauraient en eux-mêmes avoir valeur d'obligations internationales. Ils ne peuvent être analysés que par rapport à l'action, à la réaction, à l'acceptation sous une forme ou une autre par d'autres États. Sans cette contrepartie, l'acte unilatéral reste en quelque sorte en suspens, et ce, d'autant plus que l'État qui est totalement libre de formuler l'acte est tout aussi libre d'y mettre fin. Étant donné que, malheureusement, la plupart des actes unilatéraux sont des déclarations de politique nationale, il y a lieu de se demander pourquoi tant de membres de la Commission s'inquiètent des difficultés d'accès aux travaux préparatoires pour l'interprétation de ces actes. Les travaux préparatoires ne sont pas ici ceux du droit des traités, ils sont constitués par le contexte dans lequel la déclaration est faite, la contrainte, l'occasion ou tout autre facteur qui amène le pays à agir ou à réagir d'une certaine manière. L'on sait d'expérience que l'État qui fait une telle déclaration considère en toute bonne logique qu'il contracte ainsi une obligation. Lorsque les États nucléaires déclarent qu'ils n'utiliseront pas l'arme nucléaire contre un État qui n'est pas doté de telles armes, il s'agit d'un engagement unilatéral, que certains États acceptent, dont d'autres États doutent et auxquels d'autres États encore ne croient pas, mais l'État auteur de la déclaration estime que celle-ci lui impose une obligation. Mais il s'agit d'une sorte de « courtoisie internationale », ce qui est tout à fait différent d'une obligation internationale. Il n'y a donc rien d'immoral à ce que l'Inde, après avoir tenu pendant près de 40 ans l'engagement qu'elle avait pris unilatéralement de ne pas se doter d'armes nucléaires, revienne sur cet engagement parce que les circonstances ont évolué et que les résultats escomptés de son engagement ne se sont pas concrétisés. Rares sont même les accords internationaux qui survivent plus de 40 ans. La manière dont il est mis fin à l'obligation unilatérale créée par l'acte unilatéral diffère également de la manière dont il est mis fin à un traité, en ce sens que, dans ce deuxième cas, il y a une procédure et une méthode convenues qui doivent être respectées alors que, dans le cas de l'acte unilatéral, seul l'estoppel, l'acquiescement, l'existence d'un traité, la coutume ou quelque autre obligation peut s'opposer à une résiliation tout aussi unilatérale.

45. Une question très importante a été soulevée par M. Sepúlveda à propos du Traité visant l'interdiction des armes nucléaires en Amérique latine et dans les Caraïbes (Traité de Tlatelolco), celle de l'acte unilatéral dont plusieurs États sont conjointement l'auteur, mais dans ce cas il y a la forme du traité et la signature des parties. Il y a aussi le cas de figure où un État A fait une déclaration unilatérale de politique nationale, un État B réagit à cette déclaration par une autre déclaration unilatérale d'où il ressort une véritable concordance entre les deux et une certaine attente commune; il n'y a pas la forme d'un traité, et le petit nombre d'États concernés fait qu'on ne peut pas parler de coutume, mais les deux États sont tenus par un engagement réciproque. Un autre exemple est celui de l'Accord sur les arrangements provisoires relatifs aux nodules polymétalliques des grands fonds marins, par lequel les États-Unis et trois autres pays énonçaient, aux premiers stades de l'élaboration de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, un système différent de réglementation de l'exploitation minière des fonds marins. Tous ces exemples constitutifs de la pratique étatique devraient être étudiés attentivement pour essayer de déterminer les effets et la logique de ces actes qui se situent à la limite de l'obligation internationale sans être en eux-mêmes source de droit international. Le Comité de rédaction ne manquera certainement pas de tenir compte de toutes les observations formulées à propos de la question de la nullité des actes unilatéraux, étant entendu qu'il importe autant d'étudier la « résiliation » de l'acte unilatéral que sa formation.

La séance est levée à 13 h 5.

2726e SÉANCE

Mardi 28 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue.

Actes unilatéraux des États *(suite)* [A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2[1], A/CN.4/521, sect. D]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. FOMBA souligne que les actes unilatéraux renvoient à des faits et gestes importants des États et que c'est ainsi qu'ils devraient être considérés en droit international. Il se demande dans quelle mesure tel est en effet le cas ou cela pourrait le devenir et de quelle manière et à quelle appréciation critique ces actes pourraient être soumis et à quelle fin. Il laissera aux « poètes du droit international » le soin de répondre à ces questions.

2. Il est déconcertant de constater qu'au 14 mars 2002 seuls trois gouvernements avaient répondu au questionnaire sur les actes unilatéraux des États (voir A/CN.4/524), ce qui donne à penser que les gouvernements ne trouvent pas le sujet intéressant, que la pratique est plus imaginaire que réelle, que les actes unilatéraux recouvrent quelque chose de vague et sont donc difficiles à définir ou que l'ensemble du sujet est périlleux. En tout état de cause, un complément d'information sur la pratique s'impose. Il faudrait à nouveau engager les États à répondre au questionnaire et demander au Bureau des affaires juridiques de fournir des informations sur la question.

3. Au paragraphe 30 de son cinquième rapport (A/CN.4/525 et Add.1 et 2), le Rapporteur spécial fait observer que, même si les actes unilatéraux ne sont pas mentionnés au paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ, aussi bien la pratique des États que la doctrine supposent l'existence de cette catégorie d'actes juridiques. Il est important de noter que la jurisprudence atteste aussi de leur existence. La principale difficulté réside dans la portée de ces actes qui, comme Charles De Visscher l'a fait observer[2], se caractérise par les incertitudes qui entourent leurs effets juridiques. La CIJ a dissipé ces incertitudes en faisant appel tantôt au principe de la bonne foi, tantôt à des considérations objectives déduites de l'intérêt général, particulièrement au besoin de sécurité et de certitude du droit[3]. Cependant, vu la différence de nature et de mandat entre la Cour et la Commission et sans préjuger des résultats de l'étude en cours de la pratique, la Commission devrait pouvoir aller plus loin que la Cour ne l'a fait et proposer un véritable régime juridique des actes unilatéraux.

4. L'examen de la notion d'effets juridiques en termes de droits et d'obligations et à la lumière de considérations logiques, sécuritaires et de la pratique devrait contribuer à asseoir un cadre juridique approprié au moins pour les actes unilatéraux les plus traditionnels : promesse, reconnaissance, renonciation et protestation. Il semble d'ailleurs qu'une telle approche aille dans le sens des avis rendus par la CIJ dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*. Il appartient à la Commission de « décoder » le « message » de la Cour avec intelligence, subtilité et sens pratique.

5. Si l'on comprend relativement bien le mécanisme qui régit la dialectique du développement et du fonctionnement des conventions et de la coutume en tant que sources du droit international, on en sait en revanche très peu, sinon rien, du rapport entre les actes unilatéraux et ces sources consacrées. Aussi M. Fomba partage-t-il le point de vue de M. Kamto et de M. Pellet qui ont demandé que la question soit étudiée.

6. De façon générale, le droit international n'a pas eu vraiment à se prononcer sur la question de la classification pour des raisons touchant aux différences entre droit international et droit interne. Cela est vrai à la fois des conventions et de la coutume. Le paragraphe 1 de l'Article 38 du Statut de la CIJ ne rentre pas dans le détail de ces deux catégories. La question a souvent été abordée dans des ouvrages, mais sans grand succès, et la jurisprudence internationale semble peu s'intéresser à établir une hiérarchie entre elles. La Commission devrait suivre ces exemples et s'abstenir de forcer la question. Il reste que l'on gagnerait beaucoup à préciser le lien juridique et fonctionnel entre les actes unilatéraux et les autres sources du droit international.

7. Pour ce qui est du projet d'articles, il semble se dégager un consensus au sujet de l'article premier. Des doutes subsistent malgré tout au sujet de la portée *ratione personae* des actes formulés par les États. Ainsi, on ne voit pas bien si elle doit s'étendre aux mouvements de libération nationale. De l'avis de M. Fomba, la réponse dépend de la façon dont le droit international traite finalement ces entités et de la question de savoir s'il est nécessaire d'un point de vue pratique de s'en préoccuper dans le cadre des actes unilatéraux. Il serait intéressant d'examiner les positions et le comportement ou du moins les souhaits et les intentions d'un mouvement comme l'Organisation de libération de la Palestine au sujet de la reconnaissance, de la promesse, de la protestation et de la dénonciation.

8. L'article 5 *g* (par. 119 du rapport), consacré à la nullité absolue d'un acte qui, au moment de sa formulation, contrevient à une décision du Conseil de sécurité, est une sage adjonction au régime de Vienne d'un point de vue politique comme d'un point de vue juridique. Si l'article 5 *h* reflète l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969, il n'inclut pas la notion de violation « manifeste » du droit interne de l'État qui formule l'acte unilatéral. M. Fomba se demande si ce terme devrait être ajouté à l'article ou simplement mentionné dans le commentaire.

9. Les projets d'articles a) et b) (par. 135 du rapport) sur l'interprétation sont acceptables dans l'ensemble. M. Fomba partage la position du Gouvernement espagnol dans l'affaire de la *Compétence en matière de pêcheries*. Comme les actes unilatéraux ne sont pas toujours assortis de préambules et d'annexes, il serait peut-être préférable de déclarer au paragraphe 2 de l'article a) qu'aux fins de l'interprétation d'un acte unilatéral le contexte comprend le texte et, le cas échéant, le préambule et les annexes. Une approche similaire devrait être adoptée en ce qui concerne la référence aux travaux préparatoires à l'article b).

10. Enfin, M. Fomba fait sienne la proposition de créer un groupe de travail sur le sujet important des actes unilatéraux.

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[2] C. De Visscher, *Les effectivités du droit international public*, Paris, Pedone, 1967, p. 156.

[3] Ibid., p. 157.

11. M. PELLET dit que la lecture du cinquième rapport donne l'impression d'un disque rayé. En se répétant, le Rapporteur spécial force la Commission et les représentants des États à la Sixième Commission de l'Assemblée générale à se répéter à leur tour. Au paragraphe 37 du rapport, le Rapporteur spécial fait certainement allusion à M. Pellet lorsqu'il évoque le membre qui a demandé un rapport récapitulatif permettant de se faire une idée du stade auquel on était parvenu sur le sujet en général et sur les projets qui avaient été présentés jusqu'alors. S'il est bien le membre en question, M. Pellet précise qu'il aurait aimé que ce rapport donne l'occasion d'aborder le sujet sous un nouvel angle, sur la base des critiques et des observations qui ont été émises et de proposer de nouveaux projets d'article à la lumière de ces considérations. Il regrette que ce ne soit pas l'option retenue par le Rapporteur spécial.

12. M. Pellet demeure convaincu que le sujet des actes unilatéraux des États se prête à une codification et à un développement progressif de la part de la Commission. Il existe déjà « une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales », pour reprendre les termes de l'article 15 du statut de la Commission et il serait aussi utile que les États sachent aussi précisément que possible les risques qu'ils courent en formulant de tels actes. Ils sont prêts à s'engager, mais ne souhaitent pas être pris par surprise comme la Norvège l'a été suite à la déclaration Ihlen [voir p. 69 et 70 de l'arrêt de la CPJI dans l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental*] ou la France dans le cas des essais nucléaires atmosphériques.

13. Il ressort clairement des paragraphes 136 à 147 du rapport que tant la Sixième Commission que la Commission demeurent divisées sur la question de la classification. Certains considèrent que les actes unilatéraux sont trop variés pour être traités comme ne faisant qu'une catégorie; la promesse, la reconnaissance, la renonciation, la protestation, la notification, etc., doivent être étudiées et codifiées séparément. D'autres, dont apparemment le Rapporteur spécial, pensent que l'on peut unifier les règles applicables, au moins au niveau des principes généraux. M. Pellet partage ce point de vue. Il semble évident que les États veulent que leurs actes unilatéraux produisent des effets juridiques. En ce sens, il n'y a pas de différence entre ces actes et les traités, qu'il n'est pas possible non plus de réduire à une seule catégorie homogène et qui doivent pourtant obéir à des règles communes.

14. En tant que coauteur d'un manuel sur le droit international général, M. Pellet n'a rencontré aucun problème particulier pour rédiger le chapitre consacré aux actes unilatéraux. Qui plus est, comme il est souvent très difficile de classer un acte unilatéral tel, par exemple, que la déclaration Ihlen ou la déclaration colombienne de 1952 relative à la souveraineté sur les îles Monjes, on peut en déduire que de tels actes sont moins semblables que certains le soutiennent. En revanche, leur prétendue diversité pourrait être plus apparente que réelle. M. Pellet tend à partager les points de vue exprimés aux paragraphes 138 à 140 du rapport et en tout état de cause se demande si les actes unilatéraux peuvent se ranger simplement en deux catégories et uniquement en deux, du moins quant à leurs effets. Cependant, plutôt que la classification proposée par le Rapporteur spécial au paragraphe 137 de son rapport, il serait peut-être plus utile de faire une distinction entre les actes « conditionnels » tels que les notifications et leur contrepartie négative, les protestations, qui sont nécessaires pour qu'un autre acte produise des effets juridiques, et les actes « autonomes » qui produisent des effets juridiques, tels que la promesse, la renonciation, qui peut être considérée comme sa contrepartie, et la reconnaissance, qui est une sorte de promesse. En étudiant les effets juridiques, il faudrait certainement faire une distinction entre ces deux catégories, mais il devrait être possible d'arriver à une définition des actes unilatéraux et à un régime commun qui leur soit applicable.

15. Un argument majeur avancé par ceux qui contestent la validité même du sujet tient à ce que les actes unilatéraux ne produisent pas d'effets en eux-mêmes ni par eux-mêmes, puisque leurs effets dépendent des réactions des autres États. M. Pellet ne partage pas du tout ce point de vue. La promesse de faire quelque chose, la reconnaissance d'un autre État ou d'une situation, la renonciation à un droit ou la protestation contre le comportement d'un autre sujet ou de sujets du droit international produisent des effets juridiques même si, dans certains cas, uniquement si d'autres États ou un tribunal international prennent l'État auteur au mot. Les déclarations faites par le représentant de la France à l'Assemblée générale et les affiches collées aux murs des ambassades de France en Australie et en Nouvelle-Zélande n'auraient préoccupé personne si la CIJ ne s'en était pas souciée dans les affaires des *Essais nucléaires*. La reconnaissance d'un État par un autre État pourrait être assimilée à une déclaration d'amour platonique au cas peu probable où elle n'appellerait aucune réaction de l'État ainsi reconnu, mais ce fait ne privera pas la reconnaissance d'effets juridiques. De même, si la Suisse convient de respecter une décision du Conseil de sécurité, elle est tenue par cette promesse sans qu'il soit nécessaire de la reconnaître formellement.

16. M. Sreenivasa Rao a soutenu que, contrairement à un traité, un acte unilatéral peut être révoqué à tout moment. Là encore, M. Pellet ne partage pas ce point de vue. Un État qui a exprimé unilatéralement sa volonté d'être lié est bel et bien lié. Dans les arrêts qu'elle a rendus en 1974 dans les affaire des *Essais nucléaires*, la CIJ a déclaré que l'engagement unilatéral « ne saurait être interprété comme ayant comporté l'invocation d'un pouvoir arbitraire de révision » [*Australie c. France*, p. 270; *Nouvelle-Zélande c. France*, p. 475]. Les actes unilatéraux, comme les traités, peuvent être des pièges dans lesquels les États tombent malgré eux. Une fois exprimé, leur engagement est irrévocable. Et même si, comme certains membres le soutiennent, les actes unilatéraux ne produisent pas d'effets en l'absence d'une expression de volonté de la part d'un autre sujet du droit international, M. Pellet ne voit pas pourquoi cela empêcherait la Commission de se saisir du sujet ou de codifier les actes en question.

17. À la séance précédente, M. Pellet a appuyé la suggestion faite par M. Kamto que le Rapporteur spécial étudie le rapport entre les actes unilatéraux et les autres sources du droit international. M. Koskenniemi semble s'être vivement opposé à cette étude au motif que les actes unilatéraux ne sauraient être des sources du droit international; ils pouvaient certes donner naissance à des obligations, mais non à des règles. C'est là une position excessivement doctrinale, abstraite et dénuée de conséquences

concrètes. Ce qui importe, c'est que les actes unilatéraux produisent des effets juridiques au même titre que les sources « authentiques » du droit international. De plus, les traités peuvent créer des obligations spéciales pour les États parties tandis que les actes unilatéraux peuvent donner naissance à des règles impersonnelles, généralisées comme dans le cas de la réglementation unilatérale par un État du droit de passage d'autres États par ses eaux territoriales ou de l'accès des étrangers à son territoire. Si cela pouvait faire plaisir à M. Koskenniemi, M. Pellet est disposé à abandonner l'emploi du mot « sources », mais maintient qu'il est absolument indispensable, M. Koskenniemi appréciant les adverbes, d'étudier les relations entre les actes unilatéraux et les autres moyens de créer des règles et des obligations en droit international pour les raisons exposées par M. Kamto. Un traité peut déroger à la coutume. Un acte unilatéral peut-il le faire ? Il va de soi qu'un acte unilatéral ne peut pas aller à l'encontre d'un traité, peut-être pour les raisons lyriquement invoquées par M. Koskenniemi. Le Rapporteur spécial devrait vraiment examiner les questions de cette nature.

18. Pour ce qui est des questions spécifiques soulevées dans le cinquième rapport, M. Pellet se félicite que la notion d'« autonomie » ait été exclue de la définition des actes unilatéraux, encore qu'il reconnaisse qu'elle puisse être pertinente pour le régime juridique qui leur est applicable, et que le terme « déclaration » ait été remplacé par « manifestation de volonté » qui ne clôt pas la question. Le remplacement de l'expression « *acquire legal obligations* » par « *produce legal effects* » (« produit des effets juridiques ») est particulièrement bienvenu car la précédente version française parlait de « créer des obligations juridiques ». Les actes unilatéraux peuvent reconnaître des obligations préexistantes ou protester contre de telles obligations, mais n'en créent pas. M. Pellet est néanmoins opposé à l'inclusion du terme « non équivoque » dans la définition car une déclaration au contenu équivoque peut néanmoins lier un État. M. Pellet a aussi des objections aux mots « et dont ledit ou lesdits États ou ladite ou lesdites organisations internationales ont connaissance », qui posent le même problème que « non équivoque » et introduisent un élément de preuve qui complique inutilement la définition.

19. Il n'est pas sûr que les formules « conditions de validité » et « causes de nullité » soient interchangeables; il semblerait que cette dernière expression soit plus appropriée. M. Pellet ne partage pas l'avis de ceux qui soutiennent que le Rapporteur spécial a suivi de trop près la Convention de Vienne de 1969. Comme les traités, les actes unilatéraux sont des manifestations de volonté destinées à produire des effets juridiques. Ainsi, il est logique d'utiliser le droit des traités, *mutatis mutandis*, comme base de codification de ces actes et de procéder empiriquement en examinant si les différentes causes de nullité énumérées aux articles 46 à 53 de la Convention peuvent servir de base au traitement de la question dans le projet d'articles. M. Pellet ne pense pas que le Rapporteur spécial ait fait un véritable effort pour étudier la liste des causes; une fois qu'il l'aura fait, la Commission sera en mesure de voir s'il existe des facteurs autres que ceux mentionnés dans la Convention de Vienne, propres aux actes unilatéraux.

20. Par exemple, l'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 traite des dispositions de droit interne qui concernent la compétence pour conclure des traités, mais M. Pellet est convaincu qu'il n'existe pas de dispositions de ce type concernant la compétence pour formuler des actes unilatéraux. Tout agent de l'État, du fonctionnaire de police subalterne au Président de la République, peut lier l'État en l'espèce. Contrairement au Rapporteur spécial, il ne croit pas que les articles 7 à 9 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[4] soient particulièrement pertinents sur le sujet. L'article 4, qui prévoit qu'en droit international est considéré comme un fait de l'État le comportement de tout organe de cet État, est plus pertinent. La principale question est celle de savoir si un organe qui outrepasse sa compétence ou contrevient aux instructions qu'il a reçues lie malgré tout l'État sur le plan international. L'article 7 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite y répond par l'affirmative. M. Pellet est donc enclin à penser que l'article 5 *h* a besoin d'être examiné plus en détail avant de pouvoir être renvoyé au Comité de rédaction, d'autant que non seulement son libellé, mais le principe même qui y est énoncé prêtent à controverse. Il en va de même a fortiori de la question de la restriction particulière du pouvoir d'exprimer le consentement d'un État, traité à l'article 47 de la Convention de Vienne de 1969, que le Rapporteur spécial propose de ne pas transposer au cas des actes unilatéraux – sans pourtant motiver vraiment cette décision.

21. S'agissant des dispositions concernant l'erreur, le dol, la corruption et la contrainte, la transposition de ces motifs de nullité semble poser moins de problèmes. Il n'en demeure pas moins qu'il faudrait réfléchir plus avant à leur rédaction, en prenant pleinement en considération la pratique des États. Comme la grande majorité des autres membres de la Commission qui ont pris la parole, M. Pellet estime que le Rapporteur spécial n'a pas consacré suffisamment d'attention à la riche pratique disponible en l'espèce. Il arrive couramment que les États prétendent ne pas s'être engagés valablement lorsqu'ils ont pris un engagement unilatéral qu'ils ont eu à regretter par la suite. Il semble même que le Rapporteur spécial n'ait pas accordé suffisamment d'attention à la jurisprudence : les plaidoiries orales et écrites dans les affaires du *Statut juridique du Groenland oriental* et du *Temple de Préah Vihéar*, dans lesquelles la Norvège et la Thaïlande respectivement avaient vigoureusement nié s'être liées, sont facilement accessibles et auraient pu offrir des enseignements utiles à cet égard. Ce n'est qu'après une étude en bonne et due forme que la Commission pourra se prononcer en connaissance de cause sur l'opportunité de renvoyer ces dispositions au Comité de rédaction.

22. M. Pellet partage l'idée que le Rapporteur spécial n'a pas fait preuve d'une rigueur suffisante pour dresser une distinction entre la nullité absolue et la nullité relative. Mais indépendamment de l'emploi que l'on en fait, la question se pose de savoir si une telle distinction, qui est valable au regard du droit des traités, peut être transposée au domaine des actes unilatéraux. La principale raison pour laquelle on fait une telle distinction en droit des traités tient à la nécessité d'assurer que les États ne portent

[4] Voir 2712e séance, note 13.

pas atteinte à la sécurité juridique en mettant en cause des engagements concordants. Or, dans le cas des actes unilatéraux, il n'existe pas de concordance de volontés. En conséquence, on peut suivre deux argumentations. Soit on peut conclure que la nullité est toujours relative et que seul l'État auteur peut l'invoquer, soit on peut penser que tous les États auxquels l'acte est adressé peuvent invoquer sa nullité. M. Pellet aurait tendance à privilégier ce dernier raisonnement, car, dans le cas des actes unilatéraux, contrairement à celui des traités, les autres États n'ont pas participé à la formation des droits ou obligations qui, par définition, les touchent. Là encore, une étude plus approfondie s'impose.

23. Il semble y avoir un cas où la nullité absolue de l'acte unilatéral est incontestable, non seulement au sens que n'importe quel État peut l'invoquer, mais aussi qu'il est nul *ab initio* pour ce qui est de toutes ses conséquences. Tel est le cas, visé à l'article 5 *f*, d'un acte contraire à une norme impérative du droit international. En revanche, M. Pellet n'est pas convaincu de la nullité absolue d'un acte contraire à une décision du Conseil de sécurité, visé à l'article 5 *g*. Non seulement un tel cas n'est pas visé par la Convention de Vienne de 1969, mais le problème porte en l'occurrence non sur la nullité, mais sur un conflit entre instruments de nature différente. Cela le ramène à la question du rapport entre les actes unilatéraux et les autres sources du droit international ou entre des obligations découlant d'actes unilatéraux et des obligations découlant d'autres actes en droit international. La Commission devrait attendre l'issue d'une étude approfondie de la question, plutôt que d'adopter à la hâte une disposition isolée qui lui semble ne pas avoir sa place dans la section du projet consacrée à la nullité. Qui plus est, il y a lieu de relever au passage que l'article 5 *g* postule l'universalité de l'Organisation des Nations Unies – un état de choses qui, s'il est incontestable dans le monde contemporain, pourrait ne pas perdurer indéfiniment.

24. En résumé, M. Pellet n'est pas partisan de renvoyer les articles 5 *a* à 5 *h* au Comité de rédaction, en partie à cause de ses réserves concernant le sujet de certaines de ces dispositions, mais aussi pour des raisons d'ordre plus général. À son avis, le Rapporteur spécial n'a pas tenu suffisamment compte de l'extrême complexité des problèmes et de la pratique des États dans ce domaine. Au cas où la majorité des membres de la Commission préférerait renvoyer ces articles au Comité de rédaction à la session en cours – ce qui semble toutefois peu probable –, le Comité serait confronté à la lourde tâche, non seulement d'avoir à harmoniser les différentes dispositions, mais aussi de traiter d'un certain nombre de problèmes de fond qui ne relèvent pas de son mandat. Si, malgré tout, le Comité est invité à traiter des articles 5 *a* à 5 *h* tels qu'ils sont actuellement libellés, il serait conseillé de renoncer au pluriel « [ou les États] » et peut-être aussi d'adopter une disposition générale indiquant qu'il pourrait exister des actes unilatéraux d'origine collective ou de donner des explications dans le commentaire, comme le Rapporteur spécial le suggère au paragraphe 116 de son rapport. Mais, pour M. Pellet, l'article 5 n'est pas encore prêt à être renvoyé au Comité de rédaction.

25. S'agissant de la question de l'interprétation, l'orateur n'a pas grand-chose à ajouter à ce qu'il a dit à la session précédente, puisque le Rapporteur spécial semble ne pas avoir tenu compte des critiques visant son quatrième rapport[5], se contentant au contraire de reproduire les articles a) et b) mot pour mot dans son cinquième rapport. Pour les raisons qu'il a exposées à la précédente session, M. Pellet continue de nourrir des réserves sur l'opportunité de renvoyer ces dispositions au Comité de rédaction.

26. Pour conclure sur une note de caractère plus général, M. Pellet dit ne voir aucune raison pour que la Commission renvoie au Comité de rédaction, à la session en cours, les articles consacrés à l'interprétation et à la nullité qu'elle avait décidé de ne pas renvoyer au Comité de rédaction aux sessions précédentes. Si l'article 5 reprend, il faut le reconnaître, certains amendements à l'article 7 proposés par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[6], il n'a subi aucun véritable remaniement de fond; surtout, les projets d'article ne sont toujours pas ancrés dans une étude approfondie de la pratique des États. M. Pellet ne compte pas parmi ceux qui souhaitent l'abandon du sujet, mais il se demande s'il n'y aurait pas lieu d'en suspendre l'examen pour l'instant et d'inviter le Secrétariat à effectuer une étude de la pratique des États en matière d'actes unilatéraux, peut-être en collaboration avec des membres de la Commission, comme M. Simma, qui, en fait, a déjà proposé ses services. Cette étude devrait être menée sur la base de la définition figurant à l'article premier que le Comité de rédaction pourrait peut-être examiner à la présente session, et en coopération avec le Rapporteur spécial. Sur la base de cette étude, le Rapporteur spécial pourrait évaluer, modifier et étoffer le projet existant. La Commission pourrait créer, sans plus attendre, un groupe de travail qui serait chargé de mettre au point en une ou deux réunions d'après-midi l'objet précis de l'étude à entreprendre. Une telle façon de procéder supposerait de suspendre les travaux sur le sujet pendant un an, mais ferait gagner beaucoup de temps à long terme.

27. M. KOSKENNIEMI dit qu'il se sent obligé de se défendre contre le rejet sommaire par M. Pellet de la distinction qu'il a faite entre les sources de droit et les sources d'obligations et contre les accusations selon lesquelles il ferait trop de cas d'abstractions théoriques. Pour lui, la distinction entre les sources de droit et les sources d'obligations et entre les notions de validité et d'opposabilité réside au cœur des difficultés que rencontre la Commission avec l'article 5. Elle permet de bien saisir la distinction à faire entre les actes unilatéraux qui produisent des effets juridiques et les autres.

28. M. Koskenniemi reconnaît que la distinction entre les sources de droit et les sources d'obligations est théorique. De ce fait, on aurait pu s'en passer, si ce n'est qu'elle induit la distinction à faire entre validité et opposabilité. La rédaction de l'article 5 révèle que le Rapporteur spécial considère les actes unilatéraux en termes de validité ou de non-validité. Une telle conception est, à son avis, erronée : les actes unilatéraux devraient être en fait considérés en termes d'opposabilité ou de non-opposabilité. La validité est une qualité du droit : lorsqu'un parlement adopte une loi, celle-ci devient valable et, partant, exécutoire. Les actes unilatéraux, en revanche, ne respectent pas les critères formels auxquels une loi doit répondre pour produire des

[5] Voir 2723e séance, note 2.

[6] *Annuaire... 1999*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/500 et Add.1, par. 109, p. 229.

conséquences juridiques. Au contraire, ils produisent des conséquences juridiques dans des circonstances particulières, où le comportement de l'État est interprété comme opposable par un certain nombre d'autres États.

29. Pour en finir avec la théorie, M. Koskenniemi évoque l'anecdote suivante. En visite en Norvège en 1977, le Président finlandais a informé ses hôtes norvégiens que la Finlande acceptait les revendications norvégiennes sur le plateau continental à partir de la côte norvégienne jusqu'à Jan Mayen au nord. Depuis, il ne s'est pas écoulé une année sans que la Norvège ne rappelle à la Finlande qu'elle a accepté cette prétention exorbitante. Et en termes d'analyse juridique, tel est bien le cas : la Finlande n'est plus en mesure de contester les revendications norvégiennes, bien que n'importe quel autre État en ait certainement le droit. En d'autres termes, tout en étant opposable, la déclaration du Président finlandais ne jouit pas de la même validité qu'une loi. Il en va de même, *mutatis mutandis*, des transactions juridiques entre la France, l'Australie et la Nouvelle-Zélande dans les affaires des *Essais nucléaires*.

30. Ces considérations intéressent l'article 5 dans la mesure où, se fondant sur l'hypothèse que les actes unilatéraux sont valables, le Rapporteur spécial énumère ensuite certaines conditions de nullité, telles que la contrainte, la menace ou l'emploi de la force ou un conflit entre l'acte et une norme impérative du droit international. Ce qui manque dans cette liste, c'est la condition de nullité – ou plutôt d'opposabilité – la plus évidente d'un acte, à savoir le simple cas de l'acte illicite, de l'acte contraire au droit et aux obligations de l'État dans le domaine de la responsabilité des États. Cette omission est imputable au fait que le Rapporteur spécial pense en termes de création du droit; en plaçant les actes unilatéraux sur le même pied que le droit, il est parvenu à la conclusion qu'un acte unilatéral ne saurait constituer un acte illicite. C'est une erreur. De toute évidence, un acte unilatéral peut être non opposable – ou « nul », pour reprendre le terme du Rapporteur spécial – parce qu'il constitue un acte illicite en vertu d'un système général de droit qui est valide et qui donne sens aux actions particulières des États en leur conférant la qualité d'opposabilité.

31. Bien que M. Koskenniemi soit loin d'être obsédé par les distinctions théoriques, il pense qu'il faudrait reconnaître qu'elles peuvent parfois éclairer certains aspects du comportement des États et fournir, d'une façon ou d'une autre, des motifs d'interprétation de ce comportement. Le cadre conceptuel des actes unilatéraux est utile dans la mesure où il indique que, dans des circonstances particulières, les États peuvent devenir liés indépendamment de leur volonté. La notion de validité, toutefois, n'a pas sa place dans ce cadre conceptuel. Qui plus est, l'approche du Rapporteur spécial pèche aussi gravement du fait qu'elle ne prend pas en considération le rôle de l'État auteur, ignorant le contexte plus large. C'est pour toutes ces raisons que M. Koskenniemi nourrit de sérieux doutes quant à l'opportunité de codifier le sujet.

32. M. SIMMA, se référant aux critiques adressées par M. Pellet aux observations faites par M. Koskenniemi à la précédente séance, critiques qu'il juge excessivement dogmatiques, dit qu'il partage pleinement l'idée de ce dernier que les actes unilatéraux peuvent être des sources d'obligations mais non des sources de droit. En revanche, il ne croit pas que la différence essentielle entre les actes unilatéraux et les sources de droit tient à la distinction entre opposabilité et validité. Par « validité », on entend un terme dont le sens diffère d'une langue à l'autre et la question est, à son avis, un problème de *Begriffsjurisprudenz*. M. Simma ne voit pas pour sa part ce qu'il y aurait de mal à tenir pour « nulle » une promesse solennelle faite par un chef d'État en contravention de certaines dispositions constitutionnelles.

33. Il a aussi des réserves à formuler au sujet des critiques formulées par M. Koskenniemi sur l'article 5 *h*. Le problème semble venir de l'emploi que M. Pellet fait du verbe « engager ». Il est vrai que, au sens le plus large du terme, tout acte d'un organe de l'État peut entraîner la responsabilité de l'État : si un fonctionnaire de police passe un diplomate étranger à tabac, l'État dont il est ressortissant sera « engagé ». Par ailleurs, la promesse que ferait un policier allemand que l'Allemagne n'acquerra jamais d'armes nucléaires ne saurait manifestement « engager » l'État allemand. Ce à quoi pensait le Rapporteur spécial en proposant l'article 5 *h*, c'est « l'engagement » contractuel ou unilatéral de l'État suite à ses déclarations, plutôt que suite à des actes entraînant la responsabilité de l'État.

34. En ce qui concerne le souci exprimé par M. Koskenniemi quant à l'absence de toute référence à l'article 5 au cas de l'illicéité de l'acte unilatéral, il ne faudrait pas perdre de vue que l'illicéité en droit international demeure de façon écrasante une notion relative ou bilatérale. Quand un État A fait à un État C une promesse qui viole un engagement pris par les États A et B, il sera difficile de dire avec certitude que l'acte unilatéral en question n'est pas valable, d'où la question de la distinction en droit international entre les obligations bilatérales et les obligations *erga omnes*, lesquelles sont très proches des obligations de *jus cogens*, catégorie dont le Rapporteur spécial a déjà traité dans son texte initial.

35. Enfin, en ce qui concerne l'idée qu'il a émise plus tôt de l'opportunité d'entreprendre une étude approfondie, M. Simma tient à préciser qu'il n'avait pas l'intention de surcharger le Secrétariat. Ce qu'il envisageait, c'était que le Rapporteur spécial, peut-être avec le concours d'autres membres de la Commission, élabore un projet de recherche sur la base duquel des chercheurs du secteur privé seraient chargés de produire un recueil de la pratique, grâce éventuellement au financement d'une fondation apolitique.

36. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il éprouve une profonde inquiétude. La Commission vient d'entendre un appel l'invitant à cesser de travailler sur le sujet. Mais cet appel vient un peu trop tard. La Commission en est maintenant au stade où elle doit décider si elle peut et doit semer dans le sillon qu'elle a tracé. Il ne pense pas pour sa part qu'elle le doive. On peut faire valoir que rien n'a été fait, mais telle n'est pas son impression. Il reconnaît avec M. Pellet qu'une analyse des moyens de révocation des actes unilatéraux devrait faire partie des travaux futurs de la Commission. Cela signifie-t-il que l'analyse déjà effectuée des moyens d'élaboration des actes devrait passer par profits et pertes ? M. Pambou-Tchivounda ne le pense pas.

37. M. Pellet a contesté l'idée avancée par M. Sreenivasa Rao qu'un acte unilatéral pouvait être révoqué à tout moment. Cette idée est à la fois juste et inexacte. La technique de la dénonciation n'est pas inconnue du droit des traités, mais ni la Convention de Vienne de 1969 ni celle de 1986 n'indiquent quand une dénonciation doit être faite pour être considérée comme recevable. C'est l'auteur de la dénonciation qui possède la faculté souveraine, unilatérale de déterminer le moment où la dénonciation doit être faite. Cela est d'autant plus vrai dans le cas d'un acte unilatéral : l'État auteur peut se rendre compte ultérieurement qu'il n'aurait pas dû formuler cet acte. L'État auteur est-il alors de mauvaise foi en le dénonçant ? Si l'acte a été formulé de bonne foi, l'État auteur peut être tout autant de bonne foi en reconnaissant qu'il n'aurait pas dû le formuler. La clef du puzzle, qui remonte aux affaires des *Essais nucléaires*, réside dans la bonne foi et M. Pambou-Tchivounda pense qu'il peut être mis fin de bonne foi à un acte unilatéral. La technique de la révocation a bien sa place dans l'étude des moyens de mettre fin à des actes unilatéraux.

38. Son inquiétude s'explique aussi par la conjonction du régime des actes unilatéraux à celui de la responsabilité des États. Les affaires des *Essais nucléaires* et la déclaration Ihlen partent en fumée si l'on considère l'idée qu'un policier subalterne qui passe quelqu'un à tabac engage ce faisant la responsabilité de la France. Il y a une différence, après tout, entre l'adoption par la Maison Blanche de mesures contre un particulier et un passage à tabac à Harlem. L'institution qui est habilitée à engager la responsabilité de l'État doit être considérée en termes relatifs : on ne peut pas mettre sur un pied d'égalité par exemple le Président de la République française et un facteur français. Le sujet est difficile et suffisamment complexe sans que l'on se lance dans des raisonnements futiles.

39. Une autre question qui pose problème est de celle de savoir qui peut invoquer la nullité dans le contexte des actes unilatéraux. Cette faculté est-elle ouverte à tout un chacun, du moment qu'il y a eu une déclaration ou une manifestation de volonté ?

40. Pour sa part, l'orateur pense qu'il faudrait tirer des leçons de tout le travail accompli et des débats qui ont eu lieu jusqu'ici sur un sujet que la Commission elle-même n'a pas bien saisi. On pourrait conserver un certain nombre d'éléments des travaux menés sur des questions bien définies : par exemple, plusieurs parties de la définition de l'article premier devraient être supprimées, mais cela ne signifie pas qu'il faille expurger l'ensemble de l'article. Des questions intéressantes sont apparues au sujet de l'interprétation qui devraient être aussi préservées. Tel est le travail auquel la Commission pourrait maintenant s'atteler.

41. M. BROWNLIE dit que le sujet est des plus difficiles et que le Rapporteur spécial mérite d'être félicité pour ses efforts. Il estime, et il semble qu'il ne soit pas seul dans ce cas, que l'on pourrait procéder à une étude explicative des actes unilatéraux. Le gouvernement de son pays, répondant au questionnaire sur les actes unilatéraux des États, a dit qu'il demeurait d'avis que toute approche qui visait à assujettir un très large éventail d'actes unilatéraux à un ensemble unique de règles générales était sujette à caution et a suggéré d'examiner si les différents types d'actes unilatéraux posaient des problèmes spécifiques qui pourraient utilement être traités dans une note de présentation. C'est là une très bonne suggestion qui mériterait d'être reprise.

42. En matière de droit des traités, il existe une matrice régissant certains types de rapports et les divisant en relations conventionnelles. Il est purement et simplement impossible de procéder de la sorte avec les actes unilatéraux : effectivement, l'expression « acte unilatéral » représente une description très superficielle. Les actes unilatéraux supposent tous de longues relations entre États. Dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, la relation s'est étendue sur une cinquantaine d'années. L'acte unilatéral n'a eu en l'espèce d'effets juridiques qu'à cause de la relation continue entre les États intéressés. De même, la déclaration Ihlen a été faite dans un contexte donné, dans une situation particulière, et des commentateurs très respectables pensent qu'il s'est agi non pas d'un acte unilatéral mais d'un accord informel. L'issue problématique des affaires des *Essais nucléaires* a étonné tout le monde et nul n'ignore que la CIJ a évité d'avoir à traiter avec un membre permanent du Conseil de sécurité en cherchant des motifs d'irrecevabilité. Même dans ce cas, il existait une relation, à savoir un litige entre les États en cause. Il est extrêmement difficile de trouver des règles générales pour traiter d'une telle diversité de situations dont chacune est fonction d'un certain nombre de faits.

43. M. TOMKA dit qu'il a cru comprendre que, pour M. Pellet, un acte unilatéral pouvait être à l'origine d'une règle internationale. Il y a pourtant une différence entre le fait d'être à l'origine d'une règle et celui d'être la source d'une règle. Les actes unilatéraux sont-ils vraiment des sources de règles, véhiculent-ils des règles de droit international ? Dans l'affirmative, un acte unilatéral marque alors le début d'un processus, d'une pratique des États qui, sous forme de coutume, engendre la création d'une règle de droit international. Mais un État devrait-il à lui seul pouvoir créer des règles pour d'autres ? M. Tomka pense que peu d'États l'accepteraient, car cela reviendrait à élever un État au rang de super-État.

44. En ce qui concerne les causes de nullité, il semble s'être produit un malentendu en raison des disparités entre les versions anglaise et française de l'article 5 *f*. La version française stipule que l'État qui peut invoquer la nullité d'un acte unilatéral est l'auteur de l'acte, tandis que dans la version anglaise il manque la référence à l'auteur. De l'avis de M. Tomka, il serait extraordinaire que l'auteur d'un acte ait à invoquer sa nullité : s'il ne le fait pas, est-ce que cela voudrait dire que l'acte est valable ? Or si l'acte est contraire à une norme impérative du droit international, il est d'emblée nul et non avenu. Il faudrait remanier l'article 5 *f*.

45. M. PELLET dit qu'il convient avec M. Tomka qu'un État à lui seul ne saurait créer des règles pour d'autres, pas même dans le cas d'un super-État. Il peut en exister et il en existe effectivement, du moins un, mais c'est là un phénomène sociopolitique et non juridique. Il a déjà cité l'exemple du règlement par un État du droit de passage à travers son territoire, qui représente, il en est convaincu, un acte unilatéral. Mais la validité de l'acte dépend de sa relation avec une règle coutumière ou conventionnelle, c'est-à-dire une autre règle de droit international général

qui autorise l'État à agir unilatéralement. Telle est la matière à investiguer, la validité et les effets de l'acte unilatéral, et le Rapporteur spécial ne l'a pas encore fait.

46. M. Pellet demeure convaincu que les actes unilatéraux peuvent créer des règles, des règles dérivées, il est vrai, mais quelle règle de droit international n'est pas dérivée ? M. Pellet n'aime guère Kelsen, mais ce dernier a raison sur un point : les actes juridiques présupposent tous une autorisation d'une sorte ou d'une autre, une norme d'habilitation du type de *pacta sunt servanda*, et les actes unilatéraux n'y font pas exception.

47. Reprenant les remarques de M. Pambou-Tchivounda au sujet des États qui modifient des actes unilatéraux quand ils le souhaitent, comme l'a dit la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, ceci est tout à fait l'inverse de la règle de la bonne foi. Là encore, c'est le Rapporteur spécial qui a soulevé la question du rapport du sujet avec le régime de la responsabilité des États et M. Pellet pense qu'il y a lieu de la poursuivre sérieusement. Est-ce que le fait qu'un État *puisse* engager sa responsabilité signifie qu'il l'engage *effectivement* ? Relevant l'exemple du policier donné par M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet pense qu'il y a certainement des limites à l'engagement éventuel de la responsabilité d'un État au titre des actes unilatéraux. En fait, le Rapporteur spécial soulève cette question, mais n'y répond pas comme il faut. M. Pellet n'a jamais suggéré d'abandonner les travaux sur le sujet : bien au contraire, il tient à continuer d'essayer de déterminer des règles générales plutôt qu'à adopter une approche au cas par cas comme le suggère le Gouvernement britannique.

48. M. Koskenniemi est obsédé par la déclaration imprudente de la Finlande à la Norvège, mais tous les États, et pas seulement la Finlande, commettent des erreurs. Dans le cadre de l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et le Mali, le chef de l'État de ce dernier pays avait imprudemment déclaré que peu importait où passait la frontière. La CIJ a décidé que de telles déclarations n'étaient pas faites avec la volonté de s'engager et qu'en conséquence le Mali n'avait pas exprimé la volonté de s'engager. Il le reconnaît avec la Cour : ce n'aurait pas été servir la justice que de prendre le chef de l'État malien au mot. Ce dernier parlait sans avoir l'intention d'engager la responsabilité de l'État, ce qui est souvent le cas dans le discours diplomatique ou politique. Aussi n'y a-t-il eu aucun acte unilatéral parce qu'il n'y avait pas eu l'intention de produire des effets juridiques. Mais ce qu'il faudrait étudier, c'est le point où le discours diplomatique prend corps et devient l'expression de la volonté d'engager un État. La Cour se penche sur ces questions et il n'y a aucune raison pour que la Commission ne le fasse pas elle aussi et ne cherche pas à dégager des critères.

49. Dans le cas de la déclaration Ihlen, la Finlande a fait une déclaration déraisonnable et ne peut être considérée comme ayant engagé sa responsabilité. En tout état de cause, la déclaration s'adressait uniquement à la Norvège. La situation est donc tout à fait différente de celle des affaires des *Essais nucléaires*, où la CIJ a clairement conclu qu'une promesse avait été faite à tous les États du monde et qu'il y avait eu une véritable manifestation de volonté créant une obligation pour la France, non vis-à-vis d'un État donné, mais de façon générale. M. Koskenniemi ne peut choisir à loisir ce qui lui convient parmi les arrêts rendus par la Cour.

50. M. Pellet partage cependant l'avis de M. Koskenniemi selon lequel certains actes unilatéraux des États s'adressent à un interlocuteur unique. Mais il y a aussi des traités qui lient et ne concernent qu'un seul interlocuteur. L'effet des traités bilatéraux sur des tierces parties est une question extrêmement intéressante. La Cour y réfléchit actuellement dans le contexte du différend relatif à la *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria* dans lequel le Cameroun fait valoir qu'il peut invoquer un engagement du Nigéria envers un État tiers, la Guinée équatoriale. Ce sont des problèmes de cette nature qui sont posés par les actes unilatéraux visant un seul interlocuteur, mais ils se posent aussi dans le cas des traités, de caractère bilatéral ou multilatéral à participation limitée. M. Pellet ne voit pas pourquoi M. Koskenniemi tient à insister sur le fait que les actes unilatéraux ne sont pas créateurs de droit. Même si l'on utilise sa définition extrêmement restrictive du droit, il arrive encore que des actes unilatéraux soient à l'origine de vraies règles.

51. M. Koskenniemi est très intéressé par la distinction entre opposabilité et validité, mais les deux concepts relèvent de deux domaines complètement différents. En ce qui concerne la validité, on se demande si un acte est en fait capable de créer des obligations. Une fois que l'on a répondu à cette question, on peut demander pour qui cet acte crée des obligations et c'est ce que l'on peut appeler l'opposabilité. Un acte unilatéral sera toujours opposable à la partie qui l'a formulé valablement, mais la question se pose de savoir s'il est aussi opposable à d'autres entités. L'opposabilité est en vogue actuellement et elle pourrait certainement être traitée dans les travaux sur le sujet, mais M. Pellet ne voit pas comment cela empêcherait la Commission de se pencher sur les causes de nullité.

52. S'agissant de l'étude du Secrétariat évoquée par M. Simma, l'orateur rappelle que le Conseiller juridique a clairement indiqué que la Commission avait le droit de demander de telles études. Le Rapporteur spécial a du mal à trouver des exemples de la pratique des États et le Secrétariat a déjà montré à plusieurs occasions qu'il était capable de le faire remarquablement bien, par exemple dans les domaines de la responsabilité internationale et des voies d'eau. La condition qu'il y mettrait, c'est que le sujet de l'étude doit être clairement délimité, peut-être par un groupe de travail.

53. M. BROWNLIE, se référant à l'argument de M. Pellet en faveur de la mise au point d'un concept général et à son opposition à une approche sectorielle, dit qu'il ne voit pas quel domaine clef pourrait servir de base réelle et non seulement de concept pour une étude unitaire générale du sujet de ce qu'il est convenu d'appeler les actes unilatéraux. L'expression « actes unilatéraux » est vaine. C'est une sorte de raccourci pour décrire l'impossible, alors qu'il serait bien plus utile et réaliste de faire une description de ce qui est en fait le comportement des États. La Commission ne parle pas d'actes unilatéraux ou plutôt elle en parlait dans une certaine mesure car dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* ce n'est pas un acte unilatéral unique qui était en cause, mais tout un ensemble d'actes qui se sont déroulés sur une cinquantaine d'années. Employer l'expression « actes unilatéraux », c'est s'arrê-

ter bien en dessous du seuil d'une analyse décente. C'est parfois le fait de ne pas agir qui est en cause. Dans la plupart des cas, c'est le comportement des États, y compris leur silence, qui pose question, toujours dans le cadre du contexte particulier des relations entre les États intéressés. Même dans le cas d'une promesse ponctuelle dans l'hypothèse où aucune question préalable ne se poserait aux deux États, une fois la promesse faite, il est probable qu'une relation se construit.

54. Une forme de comportement consiste en preuves d'une attitude de l'État. Des tribunaux internationaux ont eu souvent à statuer dans des cas où l'attitude de l'État constituait une preuve décisive. L'attitude peut s'entendre d'un comportement, de déclarations ou d'un silence sur certaines questions. Il est très courant qu'un tribunal remarque qu'un État est demeuré silencieux ou n'a pas nié un fait donné. Dans l'affaire du *Détroit de Corfou*, l'arrêt de la CIJ sur les moyens que l'Albanie avait d'être informée des mines gisant dans la baie de Saranda était fondé en partie sur l'attitude de l'Albanie. Aussi est-il très difficile de parler d'unité du sujet et même la mise en pratique d'une approche sectorielle serait problématique.

55. M. Sreenivasa RAO dit qu'il a toujours été partisan d'étudier le sujet des actes unilatéraux et apprécie l'effort consenti par le Rapporteur spécial pour mettre en valeur l'essentiel. Les actes unilatéraux représentent un moyen très important pour les États de traduire une attitude ou un comportement. Même si en soi ils ne constituent peut-être pas des actes juridiques pleinement accomplis, les actes unilatéraux sont certainement un élément majeur de la création éventuelle d'une obligation internationale, qu'il s'agisse d'une réponse, d'une réaction, d'un silence et d'autres manifestations encore. Tant que le Rapporteur spécial insiste uniquement sur la formulation d'un acte, c'est-à-dire son adoption, il s'en tient à un aspect seulement de la question, sans indiquer le moment où l'acte unilatéral, seul ou en conjonction avec quelque chose d'autre, peut être traité comme une obligation internationale. M. Pellet semblait donner à penser qu'il y avait un certain nombre de manières dont cela pouvait se faire. Mais le projet d'articles n'a pas encore donné l'occasion de voir en quoi consistait l'autre face de l'histoire pour que l'on puisse dire qu'un acte unilatéral est devenu une obligation internationale. En examinant si un acte unilatéral peut créer une obligation juridique, il importe aussi de s'assurer des moyens de mettre un terme à cette obligation.

56. On a fait valoir que les obligations découlant d'actes unilatéraux n'étaient pas différentes de celles découlant de traités. On peut mettre un terme aux unes comme aux autres de divers moyens. Si tel est le cas, l'État peut fort bien faire cesser un acte unilatéral sans aucune autre contrainte comme la forclusion ou le consentement. Il faut traiter de l'acte unilatéral dans son contexte, ce qui aide à déterminer si l'acte donne ou non naissance à une obligation juridique. Cependant, l'obligation juridique n'en découle pas automatiquement. Certains pays croient sincèrement que, lorsqu'ils font une déclaration, celle-ci entraîne des obligations, mais cela reste unilatéral en ce sens que les États sont libres de la rapporter à leur gré. Si l'on ne tient pas compte de tous ces facteurs, un acte unilatéral reste quelque chose d'intéressant, mais cela ne va pas plus loin.

57. M. GAJA dit que M. Pellet est peut-être allé trop loin dans son raisonnement en plaidant pour qu'une distinction soit faite entre validité et opposabilité. Il semble dire que, dès lors qu'un État se propose d'être lié, il existe un acte unilatéral valable, quand bien même cet acte ne serait opposable qu'à cet État. À son avis, on ne saurait envisager un acte unilatéral isolément : cet acte produisant des conséquences à l'égard d'un autre État, il doit au moins s'inscrire dans le cadre de relations bilatérales, faute de quoi il ne saurait être considéré comme ayant force exécutoire en droit international. Cela ne veut pas dire que l'on ne puisse pas distinguer les questions de validité de celles d'opposabilité. L'exemple donné par M. Simma d'un chef d'État qui prononce une déclaration sans avoir la compétence requise soulève des questions de validité, mais l'opposabilité peut dépendre des circonstances, peut ne toucher qu'un seul autre État ou en toucher plusieurs, etc. Si un acte n'est opposable à aucun État, alors point n'est besoin de se soucier de la validité.

58. Mme ESCARAMEIA dit qu'elle juge utile une théorie générale des actes unilatéraux. Si la Commission se limite aux quatre actes évoqués par le Rapporteur spécial, elle risque de passer à côté de bien d'autres qui pourraient être eux aussi considérés comme des actes unilatéraux des États. L'acte unilatéral d'un État est un acte par lequel l'État veut produire certains effets, mais Mme Escarameia se demande si ces effets doivent être des obligations. Elle s'interroge aussi sur l'idée qu'il devrait exister une relation bilatérale ou trilatérale : la relation peut être *erga omnes*. Pour ne citer qu'un exemple, elle pense au cas du Président et du Ministre des affaires étrangères du Portugal qui ont fait des déclarations répétées en faveur du droit du Timor oriental à l'autodétermination. Il s'agit là de l'acte unilatéral d'un État formulé dans une instance internationale tendant à produire des effets. Ce n'est pas tant une question d'opposabilité; certains actes unilatéraux s'adressent à la communauté internationale dans son ensemble pour réaffirmer ou interpréter le droit en vigueur. D'où ses craintes au sujet de situations se produisant dans un contexte donné. Bien des actes relèvent de la catégorie générale des actes unilatéraux, sans rentrer dans la catégorie de la promesse ou de la renonciation. C'est là une raison supplémentaire pour laquelle une théorie générale s'impose. Une telle théorie est possible parce qu'il existe des règles qui s'appliquent chaque fois qu'un État veut formuler un acte unilatéral – questions portant par exemple sur la personne habilitée à formuler un tel acte, les conditions de validité, la façon dont on peut s'assurer qu'il ne comporte pas de vices, etc. Bien d'autres règles peuvent aussi intervenir. En se contentant d'une approche directe de ce qu'est un acte unilatéral, la Commission pourrait faire du chemin avec une théorie générale. Certaines règles s'appliquent à toutes les situations. Si la Commission s'engageait dans un débat sur le point de savoir si les actes unilatéraux sont ou non des sources du droit international, question qui ne relève pas nécessairement de ses travaux, elle pourrait rencontrer de gros problèmes qu'elle pourrait s'épargner dans une certaine mesure.

59. M. KAMTO dit qu'il partage tout à fait les observations faites par M. Pellet au sujet de la validité et de l'opposabilité. Un acte qui n'est pas valable entraîne sa non-opposabilité. Ainsi, on peut dire que l'une et l'autre

sont liées, encore qu'elles soient conceptuellement différentes.

60. C'est la première fois que la Commission traite d'un sujet sur lequel la jurisprudence est si abondante. Il a été fait référence à l'affaire du *Statut juridique du Groenland oriental* et à celles des *Essais nucléaires*, ainsi qu'à d'autres, dans lesquelles la question des actes unilatéraux a été évoquée. La Commission n'a pas inventé cette notion de toutes pièces. Au stade actuel, elle devrait être constructive et exprimer son avis sur la proposition de M. Pellet. Comment peut-elle avancer dans l'étude du sujet ? M. Simma a fait des propositions quelques jours plus tôt, que M. Kamto fait siennes : définir un corps de règles générales sur les actes unilatéraux concernant leur formulation et leur validité, c'est-à-dire les conditions applicables à un acte unilatéral dans l'ordre juridique.

61. Quant aux effets, ils soulèvent une autre question qui, en raison de la grande diversité des actes unilatéraux, pourrait être traitée en fonction de la classification en quatre catégories évoquée dans le rapport. Ce faisant, la Commission rendrait un grand service à la communauté internationale. Il s'agit de décider ce que l'on peut considérer comme un acte unilatéral et ce qui ne peut l'être, car les déclarations des États ne sont pas toutes des actes unilatéraux. Les propositions méritent d'être examinées. M. Kamto fait sienne la suggestion d'entreprendre une étude de la pratique, laquelle devrait probablement être effectuée par un groupe de travail, et partage l'idée qu'il n'y a pas à abandonner tout ce que le Rapporteur spécial a produit jusqu'ici. Certains projets d'article et certaines critiques ne posent pas tant des problèmes d'orientation générale que de rédaction; il pense par exemple au problème tautologique soulevé par le fait de parler à la fois de volonté et d'intention. C'est pourquoi la Commission pourrait axer ses travaux sur les catégories spécifiques d'effets.

62. M. BROWNLIE dit qu'il ne suffit pas de donner l'impression d'être constructif, encore faut-il l'être. Aucun des précédents orateurs n'a apporté d'éléments de preuve solides à l'appui de l'existence de principes généraux. M. Kamto a invoqué la jurisprudence de la CIJ pour étayer l'idée qu'il existait une notion générale des actes unilatéraux. Mais tel n'est pas le cas. Chaque affaire s'inscrit dans un ensemble de faits. La Cour ne fonde pas sa position sur une théorie générale des actes unilatéraux. L'affaire du *Temple de Préah Vihéar*, par exemple, ne fait aucunement allusion à une telle théorie.

63. M. PELLET fait observer que, dans les affaires des *Essais nucléaires*, la CIJ a clairement utilisé l'expression « il est reconnu que » [*Australie c. France* et *Nouvelle-Zélande c. France*, arrêt, par. 43 et 46 respectivement]. Cette formule est en soi une généralisation et une généralisation intéressante.

64. Si aucune généralisation n'est possible, c'est dire que tout dépend des circonstances. C'est vrai naturellement, mais cela ne dispense pas la Commission de chercher à cerner un petit nombre de règles qui permettent de dire que, dans certaines circonstances, les États s'engagent eux-mêmes par des manifestations unilatérales de volonté. M. Pellet ne voit pas comment on pourrait affirmer le contraire. C'est la fonction même du droit et de ceux qui le codifient que de tenter d'unifier ce qui semble être divers. Il est inutile de soutenir d'emblée que l'on ne pourra jamais y parvenir. Un petit nombre de principes seront ouverts à l'interprétation, mais c'est là le travail des juristes. Aussi approuve-t-il le point de départ de M. Brownlie mais est-il en complet désaccord avec ses conclusions.

65. M. BROWNLIE dit que les affaires des *Essais nucléaires* sont habituellement citées en ce qui concerne le principe de la bonne foi. Peut-être la Commission devrait-elle se pencher sur ce principe.

66. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, exprime l'espoir que le Rapporteur spécial répondra aux idées exposées par M. Simma.

67. M. RODRIGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que, faute de temps, il ne relèvera que certaines des observations faites au cours du débat et reviendra sur toutes les questions plus en détail à un stade ultérieur. Reprenant la dernière observation de M. Brownlie, il dit ne pas penser que l'on puisse limiter les actes unilatéraux à ce qu'il en est dit dans l'arrêt rendu par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*. Il faudrait aussi tenir compte de l'affaire du *Différend frontalier* entre le Burkina Faso et la République du Mali et de bien d'autres décisions, ainsi que de déclarations unilatérales en général. La Commission ne peut négliger la jurisprudence ni la doctrine en matière d'actes unilatéraux ni d'ailleurs les opinions des gouvernements, lesquels ont exposé leur point de vue à la fois dans un questionnaire et à la Sixième Commission. Il serait malvenu de questionner l'existence d'un tel acte juridique international en tant qu'acte unilatéral à la lumière d'une idée large du droit international qui permet à un État de prendre des engagements internationaux, non pas de la façon habituelle, c'est-à-dire par le biais d'une convention, mais aussi par la voie d'un acte unilatéral.

68. L'idée de laisser de côté le sujet peut être envisagée, mais le Rapporteur spécial ne pense pas que la Commission doive changer d'orientation, sous peine de créer de l'incertitude et une certaine confusion juridique et politique, en donnant à penser que les actes unilatéraux n'existent pas en droit international. Si la Commission doit se limiter à une étude, ne serait-il pas possible d'arriver à une définition et de développer une théorie d'ensemble des actes unilatéraux ou du moins des règles qui leur soient applicables ? Naturellement, la Commission peut ne pas chercher à réglementer les actes unilatéraux, parce qu'ils sont très variés et produisent des effets juridiques différents; on ne peut pas les mettre tous dans le même sac. On peut tracer des règles, mais peut-être pas réglementer les effets juridiques dans tous les cas.

69. La Commission devra faire des commentaires sur le reste du chapitre et décider des dispositions à renvoyer au Comité de rédaction : probablement la définition et les deux premiers articles. Le groupe de travail pourra alors s'atteler aux points touchant entre autres à l'interprétation.

La séance est levée à 13 heures.

2727e SÉANCE

Jeudi 30 mai 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

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

[Point 2 de l'ordre du jour]

1. Le PRÉSIDENT annonce qu'à l'issue de consultations officieuses il est proposé de confier à M. Chusei Yamada les fonctions de rapporteur spécial pour le sujet « Ressources naturelles partagées ».

Il en est ainsi décidé.

Actes unilatéraux des États *(suite)* [A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2[1], A/CN.4/521, sect. D]

[Point 5 de l'ordre du jour]

CINQUIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

2. Mme XUE fait remarquer que les actes unilatéraux des États représentent l'un des aspects les plus compliqués des relations juridiques internationales, ce qui explique qu'à l'issue d'un débat très stimulant, la CDI se trouve partagée sur le sujet. La Commission devrait peut-être prendre le temps de la réflexion pour déterminer dans quel sens il conviendrait de poursuivre l'étude du sujet de manière à exploiter au mieux le travail accompli par le Rapporteur spécial. La complexité du sujet tient d'abord à la richesse de la pratique étatique dans ce domaine. Les États recourent souvent à des déclarations ou d'autres instruments qui sont porteurs de promesse, de protestation, de reconnaissance ou de renonciation, et il arrive qu'un engagement pris unilatéralement devienne une obligation, souvent dans le cadre d'une procédure de règlement par tierce partie. Mais, à la différence des relations conventionnelles, l'acte unilatéral est plein d'incertitudes, quant à son intention, à l'étendue de ses effets dans le temps et dans l'espace et à ses relations avec les obligations conventionnelles existantes. Les preuves indirectes deviennent dès lors importantes, sinon essentielles, pour déterminer si l'auteur de l'acte unilatéral est lié par son acte. Les États, tout comme les juridictions internationales, se montrent très prudents pour ce qui touche aux droits et obligations juridiques. C'est ce qui a amené le Rapporteur spécial à établir des clauses comparables à celles de la Convention de Vienne de 1969 en ce qui concerne la compétence, la nullité ou l'interprétation des actes unilatéraux. Mais ce parallélisme doit être abordé avec circonspection sur un certain nombre de points.

3. En premier lieu, s'agissant des traités, il existe, aux plans tant interne qu'international, des règles de procédure sûres et reconnues, qui légitiment la fonction des dispositions conventionnelles en tant que source du droit. En outre, l'intention juridique d'être tenu par les dispositions du traité est sans équivoque pour toutes les parties. Ces facteurs tant subjectifs qu'objectifs font souvent défaut dans le cas des actes unilatéraux et cette lacune ne saurait être comblée simplement par la doctrine ou les travaux de recherche, non pas en raison d'un « défaut de fabrication » de l'acte unilatéral mais, au contraire, parce que l'ambiguïté est souvent recherchée.

4. En deuxième lieu, la question de savoir si les actes unilatéraux sont une source de droit ou une source d'obligations relève d'une confusion entre l'élaboration de règles et la production d'effets juridiques. Si l'on examine des cas précis et concrets, on constate que, dans certaines circonstances, l'acte unilatéral peut créer une obligation pour l'État qui en est l'auteur, que cette obligation détermine souvent la conduite future de cet État et que d'autres États intègrent cette conduite à la leur. Mais, qu'il s'agisse de droits ou d'obligations, les effets juridiques de l'acte unilatéral ne sauraient être autonomes; ils doivent être régis par le droit international. Un État ne saurait avoir ou reconnaître une quelconque revendication territoriale sur l'Antarctique, ni revendiquer aujourd'hui une mer territoriale de plus de 12 milles marins. La Commission risque de s'égarer en mettant trop l'accent sur les critères de formulation des actes unilatéraux et en sortant ceux-ci du contexte du droit existant – les relations conventionnelles en particulier – pour en faire un pur processus de création d'effets juridiques prenant la forme de droits et d'obligations. Dans la pratique du droit international, on s'intéresse plus aux effets qu'un acte, la reconnaissance, par exemple, a sur les relations internationales qu'aux conditions et critères de la formation de cet acte. L'on est dès lors surpris de voir que le Rapporteur spécial, qui a adopté toute une série de clauses de la Convention de Vienne de 1969, ne reprend pas dans son projet d'article premier l'expression « régi par le droit international » qui figure à l'article 2 de ladite Convention.

5. En troisième lieu, introduire des règles dans la pratique des actes unilatéraux aurait certainement un effet stabilisateur sur les relations internationales mais le sujet, de par sa nature même, doit être traité avec précaution. Toutefois, avant de pouvoir établir un schéma général de comportement, il faut au préalable étudier de manière approfondie la pratique des États à cet égard. La proposition de M. Simma tendant à aider le Rapporteur spécial à effectuer ce travail de recherche détaillée est certainement une contribution utile. Tant que ce travail n'aura pas été accompli, il serait prématuré de choisir entre l'option de

---

* Reprise des débats de la 2721e séance.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

la généralité et celle de la spécificité dans l'étude des actes unilatéraux.

6. M. CANDIOTI espère que le Comité de rédaction examinera à la session en cours les projets d'articles 1 à 4 qui lui ont été renvoyés à la cinquante-deuxième session de la Commission[2]. Depuis, le Rapporteur spécial a présenté de nouveaux projets d'article et avancé quelques idées sur la manière dont les travaux futurs sur le sujet pourraient être structurés. Aux paragraphes 48 à 81 de son cinquième rapport (A/CN.4/525 et Add.1 et 2), le Rapporteur spécial revient, avec des considérations nouvelles, sur la question de la définition de l'acte unilatéral (projet d'article premier) et conclut en reproduisant la proposition précédente, ce qui appelle quatre remarques.

7. En premier lieu, il faudrait disposer d'une indication plus claire sur la nature strictement unilatérale de ce type d'acte, en ce sens que, comme l'a estimé la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, l'acte unilatéral se passe de toute forme de manifestation de volonté de la part d'un sujet de droit international autre que son auteur. En deuxième lieu, l'expression « non équivoque », qui qualifie la manifestation de volonté, ne semble pas nécessaire, dans la mesure où elle relève de la problématique de l'interprétation plutôt que de celle de la définition. En troisième lieu, la mention de « relations avec un ou plusieurs États, ou une ou plusieurs organisations internationales » pourrait être remplacée par une formulation plus simple, d'autant plus que, comme des membres de la Commission l'ont déjà signalé, l'acte unilatéral peut être formulé dans l'intention de produire des effets juridiques *erga omnes* ou des effets juridiques pour des entités qui ne sont ni des États ni des organisations internationales. Ce qui importe, c'est que l'acte a des conséquences dans l'ordre juridique international. Enfin, la condition que les États ou organisations internationales doivent avoir connaissance de la manifestation de volonté semble redondante, en ce sens que, s'il y a manifestation, il y a extériorisation d'une volonté et, donc, possibilité qu'elle soit connue. Il est un autre élément qui devrait être inclus dans la définition de l'acte unilatéral et qui distingue celle-ci de la définition du traité dans la Convention de Vienne de 1969, à savoir la non-pertinence de la forme sous laquelle la volonté est manifestée, aspect que la CIJ a également relevé dans les affaires des *Essais nucléaires*. Il serait donc préférable d'opter pour une définition plus simple de l'acte unilatéral, qui serait : « Aux fins des présents articles, on entend par acte unilatéral de l'État une manifestation de volonté de l'État, quelle qu'en soit la forme, formulée dans l'intention de produire des effets juridiques au plan international et ne nécessitant aucune manifestation de volonté de la part d'un autre sujet de droit international ».

8. S'agissant des causes de nullité de l'acte unilatéral, le Rapporteur spécial reformule la règle de l'ancien article 5 en citant huit causes d'invalidité faisant l'objet des projets d'articles 5 *a* à 5 *h*. Cette reformulation intègre la notion d'acte unilatéral collectif ou conjoint, cas de figure qui doit être prévu mais qu'il vaudrait mieux traiter dans une clause distincte ou dans le commentaire, afin de simplifier le texte et d'éviter la confusion avec l'acte plurilatéral. S'agissant du contenu et de la formulation des huit causes d'invalidité, une analyse aussi détaillée n'est peut-être pas nécessaire au stade actuel des travaux, alors qu'on n'a pas suffisamment étudié la pratique et la jurisprudence en matière de nullité des actes unilatéraux; mieux vaudrait énoncer une règle générale sur les conditions de validité de ces actes, à savoir leur contenu matériellement possible, leur licéité en droit international, la capacité de l'organe d'État d'être l'auteur d'actes unilatéraux, l'absence de vice dans la manifestation de volonté, la notoriété de la manifestation de volonté et l'intention de produire des effets juridiques au plan international. Faute d'une telle clause générale, l'on pourrait regrouper les différentes causes de nullité sous deux rubriques, celle de l'illicéité de l'acte et celle du vice dans la manifestation de volonté. Le groupe de travail qui a examiné cette question à la session précédente devrait se réunir de nouveau pour examiner dans le détail les projets d'articles 5 *a* à 5 *h*, en tenant compte des observations et suggestions faites au cours du débat.

9. Le Rapporteur spécial présente en outre, dans son cinquième rapport, une nouvelle formulation pour les projets d'article présentés dans son quatrième rapport[3] et ayant trait à l'interprétation des actes unilatéraux. Cette nouvelle formulation demeure très alignée sur celle de la Convention de Vienne de 1969 et semble partir du principe que l'acte unilatéral est toujours une déclaration ou un document écrit, alors qu'il faudrait établir des règles plus générales et souples que celles qui régissent l'interprétation des traités. La manifestation de volonté ne passe pas nécessairement par l'écrit et ne se réduit pas nécessairement à un acte ou une déclaration unique. Le Rapporteur spécial rappelle, au paragraphe 127 du cinquième rapport, les critères de base retenus par la CIJ dans l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*, à savoir essayer de déterminer si l'État, par son acte unilatéral, avait l'intention de produire des effets juridiques au plan international en déduisant cette intention d'une interprétation naturelle et raisonnable des termes de la manifestation de volonté, compte dûment tenu du contexte et des circonstances qui prévalaient au moment de la manifestation de volonté – y compris l'état de confiance ou l'attente légitime que l'acte unilatéral a pu créer chez d'autres acteurs – et des buts recherchés. Les deux projets d'article sur l'interprétation devraient donc être renvoyés au Comité de rédaction, à charge pour ce dernier de regrouper tous ces éléments dans une règle générale suffisamment large sur l'interprétation des actes unilatéraux, en reléguant au commentaire les détails tels que le recours aux préambules, aux travaux préparatoires, etc., étant entendu qu'il se pourrait que, par la suite, il faille établir des règles d'interprétation spécifiques à certaines catégories précises d'actes.

10. Aux paragraphes 136 à 147 du cinquième rapport, le Rapporteur spécial s'étend longuement sur la classification des actes unilatéraux selon leurs effets juridiques, tâche qu'il juge non seulement possible mais également nécessaire. Cette classification est peut-être prématurée tant que la Commission n'aura pas bien avancé dans la collecte de l'information sur la pratique des États et son analyse. On peut retrouver à cet égard des points communs dans la doctrine, qui sont repris par les gouvernements dans leurs

[2] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (2e partie), par. 517 à 525, p. 93 et 94.

[3] Voir 2723e séance, note 2.

réponses au questionnaire ou leurs interventions devant la Sixième Commission, à propos des quatre catégories traditionnelles d'actes unilatéraux évoquées par le Rapporteur spécial (promesse, reconnaissance, protestation et renonciation). Celui-ci fait d'ailleurs lui-même remarquer que certains actes unilatéraux combinent les caractéristiques de plusieurs de ces catégories.

11. Au chapitre II de son cinquième rapport, le Rapporteur spécial appelle l'attention de la Commission sur un certain nombre de questions, notamment celle du moment où l'acte unilatéral produit des effets juridiques, et propose des projets d'article correspondants. Le projet d'article 7, dérivé de l'article 27 de la Convention de Vienne de 1969, énonce le caractère obligatoire de l'acte unilatéral. Cette disposition vaut certes pour les actes formulés avec l'intention de créer une obligation pour leur auteur, la promesse par exemple, mais ne peut servir de règle générale, dans la mesure où il n'est pas certain qu'on puisse dire que la protestation, par exemple, oblige l'État qui la formule. En l'état actuel de l'étude du sujet, une disposition *acta sunt servanda* ne peut guère aller plus loin que l'énoncé du devoir qui incombe à l'État auteur d'un acte unilatéral d'adopter un comportement cohérent au regard de cet acte, en tenant compte du principe de la bonne foi et de la nécessité de respecter l'état de confiance et les attentes légitimes créées par l'acte, compte tenu également de la diversité des actes unilatéraux. Ce n'est qu'ensuite, en passant aux catégories particulières d'actes unilatéraux que l'on peut énoncer plus spécifiquement les conséquences juridiques de chaque acte. L'on étudierait, par exemple, le caractère obligatoire dans le cas de la promesse, l'opposabilité dans le cas de la reconnaissance, la non-opposabilité dans le cas de la protestation et la question de l'irrévocabilité dans le cas de la renonciation.

12. Au chapitre IV de son cinquième rapport, le Rapporteur spécial se penche sur la structure du projet et les travaux futurs sur le sujet, en distinguant notamment une première partie consacrée aux règles communes à tous les actes unilatéraux et une seconde aux règles applicables à une certaine catégorie d'actes seulement. Cette proposition est acceptable en tant que base de départ et devrait être renvoyée au Groupe de travail afin qu'il lui apporte les améliorations et reformulations nécessaires. À titre d'exemple, la deuxième partie du projet, celle des règles spécifiques, ne devrait pas se limiter aux règles applicables à la promesse ou aux actes unilatéraux par lesquels l'État assume des obligations. Elle devrait comporter aussi des règles particulières renvoyant à d'autres catégories : nécessité du caractère explicite de la renonciation, nécessité du maintien de la protestation et possibilité de la retirer, forme et conséquences de la reconnaissance et modalités et limites de sa révocation, etc. Par ailleurs, certaines des questions introduites à titre préliminaire au chapitre IV relèvent aussi bien des règles particulières à telle ou telle catégorie d'actes que de certaines règles générales. Il appartiendra au Groupe de travail d'étudier dans le détail toutes ces questions.

13. Il est en outre à espérer que de nombreux autres États suivront l'exemple de ceux qui ont déjà fourni des renseignements sur leur pratique en matière d'actes unilatéraux. La suggestion de M. Pellet de demander au secrétariat d'établir un inventaire le plus large possible de la pratique des États, en particulier de la pratique récente et contemporaine, est très opportune et pourrait être complétée par la proposition de M. Simma d'explorer la possibilité qu'une institution appuie un travail de recherche sur le sujet. En conséquence, le Rapporteur spécial devrait, avec le concours d'un groupe de travail officieux, établir un plan de travail précisant le but de la recherche, en se concentrant sur l'analyse de la pratique à partir d'exemples concrets des quatre catégories traditionnelles d'actes unilatéraux. Lorsqu'elle disposera de toute cette information, la Commission sera en mesure de décider de la suite des travaux en vue de donner leur forme définitive à des projets de règles générales et particulières. M. Candioti propose donc que la Commission se prononce en faveur des propositions de MM. Pellet et Simma.

14. M. SIMMA dit que le très faible nombre d'États qui ont répondu au questionnaire sur leur pratique en matière d'actes unilatéraux s'explique peut-être par l'omniprésence de ces actes dans cette pratique. S'agissant de sa proposition, elle consiste à rechercher le soutien financier d'une institution en Allemagne, ce qui nécessite que la demande soit présentée par un universitaire allemand. Il est donc disposé à entreprendre cette démarche, conjointement avec le Rapporteur spécial. Cette proposition et celle relative à l'intervention du secrétariat ne s'excluent pas l'une l'autre. Il faut simplement trouver la bonne articulation entre les deux.

15. M. DAOUDI, ayant souligné la richesse du contenu du cinquième rapport, se demande cependant si les règles qui y sont formulées s'appliquent bien à l'ensemble des actes unilatéraux, qui constituent une catégorie hétérogène avec des régimes juridiques, des effets et des modes de formation différents. Avant de définir les actes unilatéraux, il serait important d'approfondir, dans une approche verticale, chacun des actes considérés, ce qui laissera la possibilité ultérieurement d'examiner, dans une démarche horizontale, si ces actes présentent des traits communs, à partir desquels on pourrait dégager des règles générales, puis des règles spéciales pour certains types d'actes. Il n'est donc pas opportun d'adopter dès à présent une définition, laquelle devrait être l'aboutissement de l'étude. L'étude verticale en question devrait se faire à la lumière de la pratique des États car, si la doctrine et la jurisprudence sont des sources subsidiaires du droit international, elles ne suffisent pas en l'occurrence. L'examen ne doit pas d'ailleurs se limiter à la pratique du très petit nombre d'États ayant répondu au questionnaire. Une étude de la pratique des actes unilatéraux en droit international, entreprise par le secrétariat avec éventuellement le concours d'un institut de recherche, comme l'a proposé M. Simma, serait donc souhaitable.

16. Les actes unilatéraux constituent en effet une réalité du droit international. On peut certes fonder leur valeur juridique sur le principe *pacta sunt servanda*, si l'on se place sur le plan théorique, mais, dans la pratique, le caractère obligatoire des actes unilatéraux se fonde sur le principe de la bonne foi et le souci de la sécurité des relations juridiques internationales. Les actes unilatéraux ne sont pas sources de droit mais, dans certaines conditions, ils obligent les États qui les ont émis.

17. S'agissant des conditions de validité, il est judicieux, comme le propose le Rapporteur spécial, de reprendre *mutatis mutandis* les critères de l'article 7 de la

Convention de Vienne de 1969, sur la question de savoir qui peut engager l'État. Il conviendrait toutefois de vérifier dans la pratique des États si d'autres organes peuvent engager l'État dans des domaines spécifiques. Par contre, les références aux dispositions des articles 7 et 8 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[4], ou à l'article 4, comme l'a proposé un membre, n'ont pas lieu d'être, car il s'agit ici, non de responsabilité, mais d'une manifestation de volonté qui engage l'État et ne saurait être le fait d'un simple agent de l'État.

18. S'agissant de la licéité de l'objet de l'acte unilatéral, il faut penser non seulement au cas, évoqué par le Rapporteur spécial, de l'acte unilatéral contraire au *jus cogens* mais aussi à celui de l'acte unilatéral contraire au droit coutumier, illustré par l'exemple d'une déclaration faite en 1980 par le Gouvernement syrien aux termes de laquelle la limite des eaux territoriales de la Syrie était fixée à une distance de 35 kilomètres de la côte. Cette décision ayant soulevé de fortes protestations, notamment des États-Unis d'Amérique qui ont déclaré qu'ils ne reconnaissaient que la zone traditionnelle des trois milles marins, la Syrie est revenue sur sa décision pour se conformer à la règle reconnue par le droit de la mer. Dans ce cas, un acte unilatéral contraire aux règles coutumières a donné lieu à des protestations, c'est-à-dire des actes unilatéraux contestant la validité de cet acte. Toutefois, il n'est pas exclu, en cas de silence des autres États, qu'un acte unilatéral marque le début d'un changement de la coutume internationale et d'une pratique nouvelle qui sera entérinée par l'accumulation de précédents.

19. S'agissant de la distinction faite entre nullité absolue et nullité relative, M. Daoudi fait observer que seul l'État auteur peut contester la compétence des personnes à l'origine de l'acte unilatéral; il n'est pas certain que les autres États puissent invoquer cet argument.

20. S'agissant des actes unilatéraux contraires à une décision du Conseil de sécurité, il convient d'établir une distinction. Il est douteux qu'on puisse invoquer la nullité parce que l'acte contrevient aux recommandations faites par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VI de la Charte des Nations Unies, dont on peut observer dans la pratique qu'elles ne sont pas exécutées par les États. Par contre, un acte unilatéral contraire à une décision prise par le Conseil de sécurité en vertu du Chapitre VII de la Charte serait nul. Quant à l'Article 103 de la Charte, il ne pose pas le problème de la nullité de l'acte, mais indique la primauté des principes de la Charte des Nations Unies par rapport à des actes unilatéraux qui seraient en contradiction avec ceux-ci.

21. Revenant à la question de l'interprétation, M. Daoudi fait observer que les actes unilatéraux sont souvent préparés en peu de temps au sein du ministère des affaires étrangères et que généralement ils ne donnent pas lieu à des travaux préparatoires.

22. M. GAJA, revenant sur le point, soulevé par M. Daoudi, de savoir qui peut invoquer la nullité d'un acte unilatéral, fait observer que, dans l'exemple qu'il a cité de la déclaration du Gouvernement syrien relative à l'extension des eaux territoriales, ce sont précisément des États autres que l'État auteur de l'acte qui ont contesté la validité de l'acte, en raison de ses effets négatifs sur les autres États.

23. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, demande à M. Gaja si cette possibilité d'invoquer la nullité se limite, selon lui, aux États subissant les effets de l'acte, et si l'on peut considérer qu'il existe des actes ayant des effets sur certains États et d'autres ayant des effets sur tous, et que ce fait détermine la faculté qu'ont les États de réagir à un acte unilatéral.

24. M. GAJA répond qu'en ce qui concerne le droit de la mer l'ensemble des États sont affectés; dans d'autres situations, certains États seulement subissent les effets de l'acte; il peut s'agir par exemple des États liés par un traité déterminé.

25. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), résumant le débat sur le sujet des actes unilatéraux des États, dit que les observations, quelquefois critiques mais très constructives, formulées sur son rapport ont porté sur le sujet en général et la faisabilité de son étude, certains membres s'interrogeant sur l'existence même des actes unilatéraux en droit international, et sur l'importance et la possibilité d'élaborer des règles régissant leur fonctionnement. Des questions précises ont également été soulevées à propos des textes soumis à l'examen de la Commission.

26. En ce qui concerne les observations générales, un membre de la Commission s'est dit préoccupé du peu d'avancement de l'étude puisque, après cinq années de travail, certaines questions fondamentales n'étaient toujours pas résolues. Le Rapporteur spécial fait remarquer qu'il n'est pas possible d'aller de l'avant tant que la Commission n'est pas parvenue à un accord minimal sur le traitement du sujet. L'approche théorique est indispensable, mais la pratique l'est tout autant. La Commission doit l'examiner en profondeur et tenir compte des opinions des gouvernements, qui se dégagent non seulement des réponses au questionnaire, mais aussi de leurs déclarations devant la Sixième Commission. Le Rapporteur spécial approuve par conséquent la proposition de M. Simma tendant à créer un mécanisme qui serait chargé de faire une étude de la pratique des États avec l'assistance d'une institution privée extérieure. Les membres de la Commission pourraient aussi transmettre au Rapporteur spécial, comme celui-ci le leur avait demandé les années précédentes, des informations sur la pratique de leur pays, sans s'attacher aux cas les plus récents qui peuvent être sujets à controverse.

27. Différentes tendances se sont dégagées au cours du débat. Pour certains membres, il est impossible de codifier les actes unilatéraux, au motif notamment que ceux-ci n'existent pas comme tels en droit international, et ne produisent donc pas d'effets juridiques. Autrement dit, ils ne constituent pas des sources de droit international ou d'obligations internationales. Pour d'autres, c'est un sujet très difficile, et il faudrait revoir la façon de procéder pour pouvoir avancer. D'autres encore ont estimé que la matière était codifiable et que l'établissement de règles était nécessaire pour garantir les relations juridiques entre

[4] Voir 2712e séance, note 13.

États, tout en exprimant des doutes. Un membre a ainsi suggéré de s'assurer tout d'abord que l'institution des actes unilatéraux existe et, dans l'affirmative, de déterminer quel régime leur est applicable. Pour la grande majorité des membres, et de l'avis du Rapporteur spécial, les actes unilatéraux existent. On constate, en suivant l'actualité, qu'ils sont même très fréquents, ce qui est un premier élément à prendre en compte, mais qu'ils ne représentent pas toujours un engagement juridique. Il faut ensuite déterminer si ces actes sont de nature politique ou juridique et, dans ce dernier cas, à quelle catégorie d'actes juridiques ils appartiennent. L'étude de la Commission vise les actes qui, avant tout, sont unilatéraux du point de vue formel, mais qui en même temps produisent des effets par eux-mêmes. On a dit que l'intention de l'État est un élément fondamental pour déterminer la nature de l'acte. La manifestation de la volonté unilatérale de l'État serait-elle alors suffisante pour que l'acte produise des effets juridiques ? La question est de savoir si ces actes sont véritablement unilatéraux, c'est-à-dire ne ressortissent pas à la sphère conventionnelle et donc peuvent faire l'objet de règles spécifiques, et surtout s'ils peuvent être considérés comme des actes juridiques au sens strict du terme, à savoir produire des effets juridiques. Pour la majorité, l'acte unilatéral peut lier l'État qui en est l'auteur, sous réserve de certaines conditions de validité. La jurisprudence en la matière n'est pas centrée sur l'arrêt rendu en 1974 par la CIJ dans les affaires des *Essais nucléaires*, même si c'est une référence importante pour l'étude de l'un des actes unilatéraux les mieux définis dans la doctrine, à savoir la promesse. D'autres décisions importantes ont été rendues dans différentes affaires, notamment l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* ou l'affaire relative à la *Compétence en matière de pêcheries (Espagne c. Canada)*. Dans toutes ces décisions, la CIJ a considéré que les actes unilatéraux visés avaient un caractère *sui generis* du fait de leur mode de formation, différent de celui d'un acte conventionnel.

28. Au chapitre II du cinquième rapport, l'attention est appelée sur la nécessité d'élaborer une norme sur le caractère obligatoire des actes unilatéraux qu'on pourrait définir par référence au principe *pacta sunt servanda* énoncé dans la Convention de Vienne de 1969. Cette reconnaissance constituerait une avancée dans la codification des règles applicables aux actes unilatéraux. Il serait envisageable d'élaborer une disposition définissant un principe *acta sunt servanda*, mais cette question nécessiterait une étude plus approfondie par le groupe de travail qui se réunira la semaine suivante.

29. Certains membres ont jugé que les actes unilatéraux ne constituent pas une institution à part entière, mais qu'il s'agit plutôt d'actes qui ne relèvent pas des institutions existantes. Pour d'autres, ces actes ne créent pas d'obligation pour l'État, ils ne créent que des attentes et, à ce titre, il n'y a pas lieu d'élaborer des règles d'application générale. Pour d'autres encore, les relations juridiques ne se limitent pas à celles qui ressortissent au traité ou à la règle coutumière, et l'État peut s'engager par d'autres moyens comme l'acte unilatéral. Certains membres considèrent qu'il s'agit d'une institution bien établie en droit international, opinion que partage le Rapporteur spécial. L'acte unilatéral n'est pas source de droit au sens de l'Article 38 du Statut de la CIJ, qui est la principale référence en matière de mode de formation des règles de droit international. Néanmoins, les actes unilatéraux peuvent être source d'obligations. Un membre s'est interrogé sur la nécessité de la réciprocité. Or, d'après la doctrine et la jurisprudence, la principale caractéristique des actes unilatéraux est que, pour être valables, ils ne requièrent ni acceptation ni aucune autre réaction de l'autre partie pour produire des effets juridiques. En outre, la réciprocité est à distinguer de l'intérêt de l'État auteur. Il est à noter d'ailleurs que la réciprocité n'est pas toujours présente même dans le domaine conventionnel, puisqu'il peut y avoir, dans le cadre d'un traité, engagement sans réciprocité.

30. Quelques membres ont jugé préférable de limiter l'étude aux deux actes unilatéraux que sont la promesse et la reconnaissance, l'élaboration de règles générales étant impossible en raison de la trop grande diversité des sujets. Le Rapporteur spécial estime, quant à lui, qu'il est possible d'élaborer des règles communes, quant au mode de formation et quant à l'interprétation des actes. L'acte unilatéral est une manifestation unilatérale de volonté, qui est la même dans tous les cas, quels que soient son contenu ou ses effets juridiques. Si l'on reprend les quatre types reconnus d'actes unilatéraux que sont la reconnaissance, la renonciation, la promesse et la protestation, c'est l'intention de l'État qui donne un effet juridique à chacun de ces actes. Certains membres ont considéré que c'étaient les effets produits plutôt que l'intention qui étaient importants. Or, pour déterminer les effets juridiques d'un acte, il faut d'abord déterminer sa nature et, pour ce faire, déterminer l'intention de l'auteur de l'acte, ce qui amène à procéder à une interprétation. Le Rapporteur spécial croit par conséquent qu'il est possible d'élaborer une définition commune et des règles communes applicables à tous les actes, et cette tâche incombera au Groupe de travail.

31. Le sujet est assurément complexe mais les travaux peuvent se poursuivre si l'on parvient à un consensus sur certains points. Il semble que la majorité des membres soient de cet avis. Certains ont proposé une pause qui permettrait d'avancer dans l'étude de la pratique des États mais le Rapporteur spécial n'y est pas favorable car, à son avis, on peut en même temps continuer ce qui a été commencé et examiner plus avant la pratique.

32. Il est opposé aussi bien à une pause dans les travaux qu'à l'abandon total du sujet, comme l'a proposé un membre de la Commission, estimant qu'une telle décision serait en contradiction avec le message adressé précédemment par la Commission à la communauté internationale, à savoir que la sécurité des relations juridiques internationales est un point important et que la codification du fonctionnement des actes unilatéraux pourrait contribuer à augmenter la confiance dans ces relations. Le Rapporteur spécial propose en conséquence que, dans un premier temps, le Groupe de travail s'efforce d'élaborer des règles communes à tous les actes, puis, dans un deuxième temps, axe ses travaux sur l'examen de règles spécifiques pour une catégorie particulière d'acte unilatéral, comme la promesse ou la reconnaissance.

33. Passant aux observations formulées à propos des divers points abordés dans le cinquième rapport, le Rapporteur spécial croit comprendre que les membres de la Commission s'accordent en général à penser que la définition de l'acte unilatéral donnée dans le projet d'article premier peut s'appliquer à tous les actes visés. Certes, d'aucuns

ont émis des doutes quant à l'opportunité de qualifier la manifestation de volonté de non équivoque, évoqué le caractère probablement ambigu de certains de ces actes ou encore la nécessité ou non de renvoyer à la notoriété de l'acte – toutes questions qui pourront être résolues par le Comité de rédaction. Dans ce même ordre d'idées, on a fait observer qu'il faudrait envisager la possibilité d'élargir la catégorie des destinataires de l'acte unilatéral, au-delà des États et des organisations internationales, à d'autres entités comme les mouvements de libération. Ce point pourrait être précisé dans le commentaire, à défaut de l'être dans le corps de l'article lui-même, mais, là aussi, il appartiendra au Comité de rédaction de trancher.

34. En ce qui concerne la formulation de l'acte unilatéral, et en particulier les personnes habilitées à agir au nom de l'État et à l'engager au plan international, deux courants se dégagent, l'un qui souhaite limiter la capacité de formuler un acte unilatéral à des personnes bien déterminées, notamment celles mentionnées à l'article 7 de la Convention de Vienne de 1969, et un autre, plus vaste, qui considère que cette capacité doit s'étendre à d'autres personnes, voire à toute personne autorisée par l'État à formuler des actes unilatéraux susceptibles d'affecter d'autres États. Sur ce point, certains membres de la Commission se sont référés au paragraphe 93 du rapport, où il est fait état des articles 7 à 9 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session. Le Rapporteur spécial précise avoir voulu dire dans ce paragraphe que l'élargissement prévu dans ledit projet, peut-être plutôt à l'article 3, n'est pas valable ni applicable dans le cas des actes unilatéraux : en effet, l'évolution du droit international dans les deux matières est différente, tout comme les considérations à prendre en compte.

35. Pour ce qui est des conditions de validité et des causes de nullité de l'acte unilatéral, certains membres ont indiqué que mieux valait ne pas établir de distinction entre nullité absolue et nullité relative, tandis que d'autres ont estimé que cette distinction pourrait présenter un intérêt certain. De l'avis du Rapporteur spécial, la notion de nullité absolue ou de nullité relative joue un rôle important lorsqu'il s'agit de déterminer qui peut invoquer la nullité d'un acte. Comme indiqué dans le rapport, lorsque l'acte en cause est un acte susceptible d'être frappé de nullité absolue, par exemple un acte qui contrevient à une norme impérative du droit international ou un acte formulé sous la contrainte, n'importe quel État peut invoquer sa nullité. Il en va de l'intérêt général alors que, dans les autres cas, la question se pose différemment. La capacité à invoquer l'erreur comme cause de nullité appartient à l'État intéressé : là, la nullité est relative. L'acte peut être confirmé par l'État auteur, soit expressément soit par un comportement ultérieur, comme le régime de Vienne sur le droit des traités le consacre sans ambiguïté. À ce propos, une autre question se pose. Dans le cas de la protestation, c'est l'État destinataire qui pourra invoquer la nullité de l'acte à raison d'une erreur ou pour toute autre cause de nullité relative. Dans le cas de la promesse, c'est l'État auteur qui pourra l'invoquer. La situation varie selon l'acte, ce qui ne signifie pas que l'on ne puisse pas élaborer une règle applicable à tous les actes unilatéraux. La possibilité sera laissée à l'État – l'État auteur ou l'État destinataire de l'acte –, en d'autres termes aux États qui établissent une relation contractuelle, d'invoquer la nullité de l'acte.

36. Il n'est pas inutile de rappeler une fois de plus que l'acte unilatéral produit forcément des effets juridiques bilatéraux, mais cela ne signifie pas pour autant qu'il revêt un caractère conventionnel et qu'à ce titre il est assujetti au régime de Vienne.

37. Pour ce qui est des articles 5 *a* à 5 *h* concernant les causes de nullité de l'acte unilatéral, certains membres ont fait observer, fort judicieusement, que la mention du « consentement » renvoie au droit des traités et qu'elle n'aurait donc pas sa place dans le contexte des actes unilatéraux. Pour ce qui est de la non-conformité de l'acte unilatéral avec une norme impérative du droit international (*jus cogens*), le Rapporteur spécial adhère à la suggestion tendant à prendre aussi en considération l'article 64 de la Convention de Vienne de 1969, qui concerne la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (*jus cogens*). Quant à la nullité d'un acte unilatéral pour non-conformité avec une décision du Conseil de sécurité, certains membres de la Commission ont indiqué qu'il faudrait préciser la catégorie des décisions visées, uniquement celles prises en vertu ou dans le cadre du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies, lesquelles sont contraignantes, ou aussi celles prises dans le cadre du Chapitre VI de la Charte. Peut-être seules pourraient être visées les premières, arrêtées en vertu des Articles 41 et 42 de la Charte. Certains membres de la Commission ont évoqué la nullité d'un acte unilatéral pour non-conformité à une obligation antérieure assumée par l'État par la voie conventionnelle ou unilatéralement. Pour le Rapporteur spécial, il s'agirait non pas d'un cas de nullité de l'acte ni de vice de validité, mais d'un cas de conflit de règles, lequel est dûment régi par le régime de Vienne dans des dispositions différentes de celles relatives à la nullité des traités.

38. Situant le sujet des actes unilatéraux par rapport à d'autres sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission, en particulier celui de la responsabilité des États, le Rapporteur spécial rappelle que, dans ce dernier cas, le fait, action ou omission, par lequel un État engage sa responsabilité internationale est normalement, sinon toujours, un acte unilatéral. Il s'agit d'un acte illicite, qui crée une situation distincte et auquel la notion de nullité ne saurait s'appliquer. Un acte contraire au droit international, un acte unilatéral qui constitue une violation d'un engagement international, est un acte illicite, et l'acte illicite est nul, il ne produit pas d'effet juridique. C'est bien la responsabilité internationale qui joue.

39. Le Rapporteur spécial, notant que l'emploi du mot « invoquer » dans le texte des articles a été jugé inutile, relève que ce terme figure dans les dispositions correspondantes des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Il s'agit dans le texte à l'étude de la possibilité qu'a un État d'invoquer une cause de nullité. L'invocation de la nullité est quelque chose de différent. En tout état de cause, la nullité ne peut être constatée que par une instance judiciaire.

40. À propos de l'interprétation de l'acte unilatéral, qui fait l'objet de deux projets d'article, les projets a) et b), des observations importantes ont été formulées. Pour

certains membres de la Commission, il est prématuré de traiter de cette question, mais le Rapporteur spécial se demande s'il n'y a pas lieu justement de se pencher dès à présent sur les règles d'interprétation, lesquelles sont essentielles. Seule l'interprétation permettra de déterminer si l'acte est unilatéral, s'il est juridique, s'il produit des effets juridiques et à ce titre lie l'État auteur et s'il ne relève pas d'autres régimes comme le droit des traités. En outre, comme d'aucuns l'ont souligné aussi bien à la Commission qu'à la Sixième Commission, des règles d'interprétation communes peuvent s'appliquer aux différents actes unilatéraux entrant dans le cadre du sujet. À propos des règles d'interprétation précisément, des observations ont été faites sur la mention de l'intention de l'État auteur de l'acte. Le Rapporteur spécial répète que l'interprétation doit être faite de bonne foi et conformément aux termes de la déclaration dans leur contexte, à savoir le texte lui-même, le préambule et les annexes qui pourraient y être jointes. La détermination de l'intention de l'État auteur est indispensable : elle peut être déduite non seulement des termes de la déclaration, orale ou écrite, dans le contexte donné et conformément à des circonstances déterminées, mais aussi, lorsqu'il n'est pas possible de déterminer le sens selon la règle générale d'interprétation, de moyens complémentaires, comme les travaux préparatoires. Toutefois, des doutes ayant été émis sur le recours aux travaux préparatoires, le Rapporteur spécial, à l'article b), a placé cette expression entre crochets. Il persiste à croire cependant que, malgré les difficultés qui pourraient surgir, il est possible de faire appel aux travaux préparatoires que serait la correspondance interne des ministères des relations extérieures ou des organes de l'État qui ont participé à la formulation de l'acte. En tout cas, rien n'empêche de citer le recours à ces moyens d'interprétation complémentaires, quitte à l'assortir d'une expression du genre « lorsque cela est possible » ou « le cas échéant » ou de toute autre formule faisant état de la possibilité de recourir aux travaux préparatoires tout en reconnaissant que cela n'est ni facile ni fréquent.

41. Certains membres de la Commission ont souligné la nécessité de se référer expressément dans le texte au caractère restrictif de l'interprétation. Cette précision intéressante pourrait apaiser la crainte que certains nourrissent à l'idée que n'importe quel acte puisse engager l'État, ou plutôt que l'État puisse se trouver engagé par n'importe quel acte formulé ou réalisé par un de ses représentants. La jurisprudence en matière d'interprétation est claire, notamment dans les affaires de différends territoriaux : l'acte en l'occurrence ne revêt pas de caractère juridique et il a à ce titre un caractère distinct, peut-être politique, mais qui n'engage pas l'État qui le formule.

42. Sans doute les projets d'article sur les causes de nullité et l'interprétation devraient-ils être soumis au Groupe de travail, afin que celui-ci premièrement détermine s'il est possible d'élaborer des dispositions communes à tous les actes et deuxièmement aborde les questions soulevées au fond et indique s'il faut ajouter ou supprimer des règles.

43. Lors des débats, mention a été faite de certains des actes unilatéraux dits classiques en droit international (renonciation, promesse, protestation, reconnaissance) bien que cette qualification ne soit pas acceptée par tous. En ce qui concerne la reconnaissance, la question a été soulevée de la révocabilité de l'acte par lequel un État reconnaît une situation, un droit ou une prétention juridique – et, concrètement, la révocabilité de l'acte de reconnaissance d'un État, question qui, bien que n'ayant pas été examinée jusqu'ici au motif qu'elle ne semble pas se prêter à l'élaboration de règles communes, n'en mérite pas moins d'être examinée. L'acte de reconnaissance, la déclaration de reconnaissance, produit bien entendu des effets juridiques. Dans le cas de la reconnaissance d'un État en particulier, plusieurs considérations entrent en jeu. Premièrement, l'existence de l'État en tant que sujet du droit international dépend non pas de sa reconnaissance, mais de la présence ou de la concomitance des éléments qui, au regard du droit international, définissent une entité en tant qu'État, comme les devoirs et les droits. Deuxièmement, l'acte de reconnaissance étant un acte déclaratoire, il est possible d'en conclure qu'il produit des effets juridiques déterminés : un État qui reconnaît une entité lui confère le statut d'État dans ses relations internationales.

44. Un membre de la Commission a indiqué qu'un État peut révoquer aussi unilatéralement un acte unilatéral par lui formulé. Il s'agit là d'un point délicat, qui touche aux effets juridiques des actes unilatéraux. L'État qui formule l'acte unilatéralement peut-il le révoquer aussi unilatéralement ? Il semblerait que non : l'acte est unilatéral, mais la relation juridique établie, à l'évidence, ne l'est pas et devient bilatérale. Pour le Rapporteur spécial, l'État qui formule l'acte de reconnaissance ne pourrait pas le révoquer.

45. Le Rapporteur spécial s'excuse de n'avoir peut-être pas répondu à toutes les questions soulevées, mais il donne à la Commission l'assurance que le Groupe de travail approfondira l'analyse sous tous ses aspects.

46. Le PRÉSIDENT annonce que les consultations informelles sur le sujet se poursuivront au sein du Groupe de travail, compte tenu de la proposition faite par M. Simma et des observations formulées par M. Candioti.

Protection diplomatique[5] *(suite)* [A/CN.4/514[6], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[7]), A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

Deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial *(suite*[*]*)*

47. M. COMISSÁRIO AFONSO, se référant à la clause Calvo, note qu'elle repose sur deux prémisses : un État indépendant souverain est en droit, en vertu du principe de l'égalité entre les États, de prétendre à ne pas faire l'objet d'ingérence, diplomatique ou par la force, dans ses affaires; les étrangers sont fondés à jouir de droits et privilèges égaux mais non supérieurs à ceux reconnus aux nationaux et, par conséquent, les tribunaux de l'État hôte

[*] Reprise des débats de la 2725e séance.

[5] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[6] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[7] Voir *supra* note 1.

exercent une juridiction exclusive sur leurs réclamations. En d'autres termes, dans le contexte de la clause Calvo, le traitement national équivaut à la « norme minimale internationale » : plus précisément, le droit international en l'occurrence impose aux États l'obligation de réserver aux étrangers le traitement national, la législation nationale régit les droits et privilèges des étrangers, et nulle instance internationale n'a à intervenir.

48. Les deux principes susmentionnés sont désormais largement acceptés en droit international et dans la pratique et sont consacrés dans nombre de résolutions et instruments adoptés par l'Organisation des Nations Unies comme la Charte des droits et devoirs économiques des États[8].

49. Tout en adhérant à cette position, M. Comissário Afonso ne peut s'empêcher de noter que le contexte international diffère de celui dans lequel la clause Calvo a été élaborée, environ un siècle auparavant, et ce, à deux égards au moins. Premièrement, dans le monde contemporain, le comportement des États est profondément influencé, sinon conditionné, par des normes communes imposées par le droit international des droits de l'homme. Certes, il est loisible de s'interroger sur la manière dont ces droits influent sur l'institution de la protection diplomatique en général et sur la règle de l'épuisement des recours internes en particulier, mais le fait est que l'existence de la Déclaration universelle des droits de l'homme et d'autres instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme estompe la distinction entre étrangers et nationaux quant au traitement qui leur est réservé. Du reste, même la manière dont un État traite ses propres citoyens, à l'intérieur de son propre territoire, n'est plus considérée comme relevant de sa souveraineté exclusive. Deuxièmement, les gouvernements attachent de l'importance à l'entreprise privée et la reconnaissent, ce qui permet aux investissements étrangers privés de jouir actuellement d'un environnement juridique sûr, à travers des accords bilatéraux ou multilatéraux visant à les promouvoir et à les protéger.

50. C'est pourquoi M. Comissário Afonso croit que la clause Calvo peut être conciliée avec le droit qu'a un État d'exercer sa protection diplomatique. Le Rapporteur spécial pourra probablement indiquer quand et dans quelles conditions une renonciation à l'exercice de la protection diplomatique ou un règlement de la réclamation formulée par un étranger peuvent mettre ce droit en échec.

51. Quant au projet d'article 16 proposé par le Rapporteur spécial, M. Comissário Afonso convient que la clause Calvo ne devrait pas être étendue aux cas de déni de justice, et cela devrait être clairement précisé dans le texte. Pour ce qui est du paragraphe 2 du projet d'article, il doute fort de son utilité, car cette disposition ne fait qu'exprimer ce que recouvre déjà la notion de protection diplomatique. La règle de l'épuisement des recours internes suppose qu'il est toujours possible de saisir des instances de recours international, en particulier en cas de déni de justice. M. Comissário Afonso est donc favorable à la suppression de ce paragraphe.

52. M. GAJA déclare d'emblée qu'il étudiera la « clause » Calvo et non la « doctrine » Calvo, celle-ci constituant un aspect des règles primaires relatives au traitement des étrangers. La première phrase du paragraphe 1 de l'article 16 proposé par le Rapporteur spécial semble n'avoir qu'une valeur symbolique. Elle confirme la validité de la clause Calvo en ne lui conférant que des effets extrêmement limités : l'étranger est censé avoir renoncé valablement à son droit « d'invoquer la protection diplomatique à raison du contrat ». Or, la portée en droit de cette renonciation est incertaine. Rien dans le projet d'articles ne semble indiquer que l'invocation par l'étranger de la protection diplomatique est une condition préalable à l'exercice de cette protection. Selon les projets d'article déjà renvoyés au Comité de rédaction, l'État de nationalité jouit du droit discrétionnaire d'exercer ou non sa protection diplomatique. La question ne semble donc pas être de savoir si la clause Calvo est ou non valide en droit international. Telle qu'elle est interprétée dans le projet d'article 16, elle n'est pas interdite en droit international, et elle n'est même pas tenue, en droit international, pour licite : elle ne présente tout simplement aucun intérêt. Il y aurait assurément rupture du contrat si, en violation de celui-ci, l'étranger invoquait la protection diplomatique de l'État dont il a la nationalité, mais il n'y aurait pas violation du droit international, ni de la part de l'étranger ni, bien entendu, de celle de l'État de nationalité. À supposer qu'il existe en droit international une obligation pour l'étranger de ne pas invoquer la protection diplomatique de son État national, cela ne serait guère déterminant dans la pratique. Il est probable que la protection diplomatique ne sera exercée que si elle est sollicitée. Et cette demande n'aurait pas à émaner du particulier lésé lui-même, car d'autres individus pourraient appeler l'attention de l'État de nationalité et ceux-ci ne seraient pas liés par le contrat renfermant la clause Calvo. Il n'y aurait pas violation d'une règle présumée de droit international qui interdit à un étranger d'invoquer la protection diplomatique de son État national.

53. Quoi qu'il en soit, selon le Rapporteur spécial, l'obligation faite à l'étranger de ne pas invoquer la protection diplomatique cesse d'exister dans le cas où un fait internationalement illicite est commis. Mais il peut y avoir, outre un déni de justice dans le contexte de l'épuisement des recours internes, d'autres violations du contrat équivalant à un fait internationalement illicite. Comme M. Pellet l'a souligné au cours d'une séance précédente, le paragraphe 1 du projet d'article 16 implique qu'un étranger ne peut invoquer la protection diplomatique de son État national tant qu'un fait internationalement illicite n'a pas été commis, mais cette protection ne serait de toute manière pas disponible. Lorsqu'un fait internationalement illicite a été commis, la protection diplomatique peut être sollicitée et exercée, que figure ou non dans le contrat une clause Calvo.

54. Quant au paragraphe 2 du projet d'article 16, il n'ajoute rien, ainsi que M. Comissário Afonso vient de le dire. Comme le Rapporteur spécial l'a expliqué, il présume que l'État hôte n'a pas renoncé à la règle de l'épuisement des recours internes. C'est superflu car, à l'issue de l'examen de l'article 14, la Commission est parvenue à la conclusion qu'il ne saurait y avoir de renonciation tacite.

[8] Voir 2725e séance, par. 5.

55. Il s'ensuit que la confirmation de la validité de la clause Calvo est éminemment symbolique. Qui plus est, elle prête dans une certaine mesure à confusion car la première phrase de l'article 16 semble étayer la position défendue par certains États hôtes selon laquelle la clause Calvo aurait pour effet en droit international d'empêcher l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique, même dans le cas d'un fait internationalement illicite. Mais telle n'est pas l'intention sous-jacente à l'article 16, dont la deuxième phrase est conforme à l'idée que l'État de nationalité jouit de la prérogative d'exercer sa protection diplomatique et que la clause Calvo ne saurait porter atteinte à ce droit.

56. M. Gaja répète que sa préférence va à l'élaboration d'une disposition générale sur la renonciation, de la part à la fois de l'État de nationalité et de l'État hôte, dans ce contexte. Quant à la clause Calvo, elle aurait sa place plutôt dans le commentaire que dans le texte même du projet.

57. Mme XUE remercie le Rapporteur spécial pour la concision et l'intérêt de la section C de son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1), consacrée au projet d'article 16, lui-même axé sur la clause Calvo. Cette clause y est analysée très clairement, de son historique à son application actuelle, à travers la pratique des États, et la jurisprudence et la doctrine. L'on constate que deux positions extrêmes se sont dégagées. D'un côté, la règle de l'épuisement des recours internes a été acceptée et réaffirmée au fil des ans. D'un autre côté, cette règle n'a jamais privé l'État de nationalité du droit de protéger ses ressortissants lorsqu'ils subissaient un préjudice à raison d'un fait internationalement illicite commis par l'État défendeur. La clause Calvo mérite donc d'être reconnue parmi les règles relatives à la protection diplomatique.

58. Dans son rapport, le Rapporteur spécial propose deux options. La première serait de renoncer à élaborer une disposition sur le sujet au motif que la clause Calvo ne fait que réaffirmer la règle de l'épuisement des recours internes, déjà formulée à l'article 10. La seconde option consisterait à intégrer une disposition semblable à celle qui figure à l'article 16. Un examen attentif du projet d'article 16 montre que le Rapporteur spécial s'est efforcé de maintenir un équilibre entre les intérêts souverains des États liés à la juridiction nationale, et ceux liés à la protection de leurs ressortissants qui se trouvent à l'étranger. Il s'agit d'éviter à la fois toute ingérence et toute violation d'un droit. Mme Xue est d'avis que l'article 16, sous réserve de quelques modifications de forme, doit être maintenu, et ce, pour plusieurs raisons. En premier lieu, en tant que règle codifiée, il réaffirme le droit d'un État d'établir ce type de relation contractuelle avec un étranger qui exerce des activités sur son territoire. Si l'on songe à l'importance que revêtent les activités des sociétés transnationales et l'influence qu'elles exercent sur l'économie mondiale, il est clair que cette disposition est indispensable. En deuxième lieu, l'article 16 clarifie les limites d'une telle relation contractuelle, en particulier en garantissant les droits de l'État de nationalité en vertu du droit international. En troisième lieu, pour le cas où un contrat serait formulé différemment, comme dans l'affaire *North American Dredging Company*, il importe de stipuler clairement que les recours internes doivent être épuisés avant que l'affaire ne soit renvoyée devant une instance internationale de règlement judiciaire. À ce propos, Mme Xue espère que c'est bien là le sens qu'il faut donner au paragraphe 2 de l'article 16.

59. Tout en étant favorable à l'article 16 dans son ensemble, Mme Xue émet une réserve à propos du paragraphe 1. Dans les autres parties du projet d'articles, c'est seulement lorsqu'un fait internationalement illicite est attribué à l'État défendeur que l'État de nationalité peut exercer sa protection diplomatique. À l'article 16, une nouvelle condition est ajoutée, à savoir que le préjudice causé à l'étranger doit concerner directement son État de nationalité. Il faudrait préciser si cette expression renvoie à une violation d'une obligation internationale, à un dommage directement causé à l'État – lui aussi – ou à une préoccupation plus générale en rapport avec la protection des droits de l'homme, sans quoi la portée de l'ensemble de la clause sera considérablement atténuée. En conclusion, sous réserve des remarques qu'elle a émises, Mme Xue estime que le projet d'article 16 doit être renvoyé au Comité de rédaction.

60. M. MOMTAZ remercie le Rapporteur spécial pour l'effort supplémentaire qu'il a fourni à la section C de son troisième rapport consacrée à la clause Calvo. Ce texte a beaucoup de mérite, dont celui d'avoir rafraîchi la mémoire des membres de la Commission à propos d'une question qui n'est plus discutée aujourd'hui. L'impression générale qui s'en dégage est que l'objet véritable de la clause Calvo, en son temps, était d'exclure la protection diplomatique en toute circonstance et que cette thèse « extrémiste » n'a jamais été reconnue en droit international, même dans un cadre régional. Il est vrai que le Rapporteur spécial se réfère, à la section C.4, à la codification de la clause Calvo dans le continent américain. Il précise que ces efforts de codification ont été couronnés de succès dans les pays d'Amérique latine et, pour prouver le bien-fondé de cette affirmation, il cite trois instruments régionaux qui semblent mettre l'accent sur la nécessité pour l'étranger lésé par un acte illicite de recourir aux tribunaux compétents de l'État défendeur, c'est-à-dire sur la règle de l'épuisement des recours internes. En effet, dans les trois cas, le manquement à cette règle a donné lieu à des excès qui ont été décriés, à juste titre, par les États latino-américains, à la fin du XIXe siècle et au début du XXe siècle. M. Momtaz souhaiterait demander au Rapporteur spécial si, à l'époque où la clause Calvo a été inventée, la règle de l'épuisement des recours internes était considérée comme une règle coutumière. Lui-même en doute, et il souhaiterait établir une relation entre la clause Calvo et la gestation de la règle de l'épuisement des recours internes au cours de cette période. À cet égard, la résolution relative à la « responsabilité internationale de l'État » adoptée par la septième Conférence internationale des États américains en 1933[9] est suffisamment explicite. D'ailleurs, la jurisprudence établie par la Commission générale des réclamations États-Unis/Mexique dans le cadre de l'affaire *North American Dredging Company* a souligné, elle aussi, la nécessité d'épuiser les recours internes. Compte tenu du fait que, depuis lors, les États latino-américains ont quelque peu assoupli leur position,

[9] *Septième Conférence internationale américaine, Ier Supplément, 1933-1940*, Publications de la SDN, V. Questions juridiques. 1950.V.1 (doc. C.228.M.115.1930.V), p. 18; reproduit dans *Annuaire... 1956*, vol. II, doc. A/CN.4/96, annexe 6, p. 227.

M. Momtaz s'interroge sur l'utilité de codifier la clause Calvo dans le projet d'articles. Il est intéressant de noter que les pays en développement, toujours désireux d'attirer des investissements étrangers, s'efforcent désormais de créer des conditions qui leur soient propices et offrent des garanties juridiques à cette fin. Il en résulte un traitement de faveur à l'égard des investisseurs étrangers par rapport à celui accordé aux investisseurs nationaux, ce que la clause Calvo visait à dénoncer et éviter. Évidemment, rien n'empêche qu'un étranger s'engage à ne pas demander la protection diplomatique de l'État dont il est le ressortissant. Il va sans dire, comme cela a été souligné à maintes reprises, que cette promesse n'engage nullement l'État de nationalité. En fait, M. Momtaz pense que les questions soulevées à la section C du troisième rapport sont intimement liées à celles posées par la renonciation à l'épuisement des recours internes et qu'il serait préférable qu'elles soient toutes étudiées dans ce contexte.

61. Pour toutes ces raisons, M. Momtaz est favorable à la première option proposée par le Rapporteur spécial, quitte à ce que l'on se réfère à la clause Calvo dans le commentaire de l'article pertinent du projet d'articles, sans doute celui consacré à la règle de l'épuisement des recours internes.

62. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que le principal problème auquel se heurte la Commission est l'absence de consensus et qu'il faut y remédier sans pour autant laisser de côté des éléments que certains membres jugent pertinents. Il a été sincèrement surpris et mécontent lorsque le Rapporteur spécial a indiqué qu'il avait l'intention d'inclure dans le projet d'articles une référence à la clause Calvo. En effet, il est d'avis que les perspectives de parvenir à un accord sur cette question sont quasiment nulles. Il approuve, bien sûr, la règle de l'épuisement des recours internes mais, comme M. Brownlie l'a indiqué très clairement, la Commission devrait s'abstenir d'élaborer une disposition sur la clause Calvo car cela ne relève pas de sa compétence. Le Président exhorte les membres de la Commission à ne pas se prononcer sur un sujet qui a eu un impact plus émotionnel que juridique au cours des décennies précédentes, et donc à ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction. Il les invite à prendre simplement note du rapport sur la question.

63. M. KABATSI félicite le Rapporteur spécial pour son troisième rapport particulièrement riche et la compétence dont il a fait preuve en traitant les questions en jeu, à savoir, pour l'essentiel, la règle de l'épuisement des recours internes, la charge de la preuve dans l'application de cette règle et, enfin, la controverse au sujet de la clause Calvo. Il apprécie que le Rapporteur spécial n'ait pas cédé à la tentation d'imposer sa position et ses conclusions à la Commission mais l'ait laissée entièrement libre de se prononcer sans avoir à ménager sa susceptibilité. Il rappelle que, par le passé, certains rapporteurs spéciaux ont pris ombrage des décisions de la Commission et que l'un d'entre eux a même renoncé à son mandat.

64. En ce qui concerne la portée du projet d'articles, il s'agit donc de déterminer si le sujet doit être limité à la nationalité des réclamations et à l'épuisement des recours internes ou bien étendu à d'autres questions telles que la protection fonctionnelle de leurs fonctionnaires par les organisations internationales, le droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage ou des passagers, le cas où un État exerce sa protection diplomatique à l'égard d'un ressortissant d'un autre État, ce dernier ayant délégué au premier son droit de le faire et le cas où un État ou une organisation internationale administre ou contrôle un territoire. Sur ce point, M. Kabatsi est fermement convaincu que, pour les motifs que le Rapporteur spécial expose au paragraphe 17 de son rapport, la portée du projet d'articles devrait être limitée dans l'immédiat aux questions qu'il a identifiées.

65. S'agissant des exceptions au principe général selon lequel les recours internes doivent être épuisés, M. Kabatsi accueille favorablement le projet d'article 14, en particulier l'option 3 proposée à l'alinéa *a* (« n'offrent aucune possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace »). Pour ce qui est de la charge de la preuve relative à l'épuisement des recours internes, il approuve la proposition formulée au paragraphe 2 du projet d'article 15, car le Rapporteur spécial y énonce très clairement les responsabilités qui incombent respectivement à l'État défendeur et à l'État demandeur.

66. Enfin, s'agissant de la clause Calvo et de l'article 16, la question est de savoir si cette clause ajoute un élément nouveau à la règle de l'épuisement des recours internes. Ce n'est peut-être pas vraiment le cas, comme l'ont fait valoir les membres qui considèrent l'article 16 superflu. M. Kabatsi n'en est lui-même pas tout à fait certain. Cependant, il estime que cette disposition met utilement l'accent sur la règle de l'épuisement des recours internes et la clarifie un peu plus. Pour ce motif, il serait utile de la conserver. En revanche, le paragraphe 2 de l'article 16 ne semble pas ajouter grand-chose au contenu du paragraphe 1 et pourrait être abandonné. M. Kabatsi, sous réserve de cette dernière remarque, est favorable à l'inclusion de cette disposition dans le projet d'articles.

67. M. DAOUDI s'associe aux membres qui ont remercié le Rapporteur spécial pour son troisième rapport. Celui-ci, outre la richesse des informations qu'il contient, a le mérite de conserver une objectivité remarquable. S'agissant des deux options que le Rapporteur spécial propose dans la conclusion de son rapport, il est certain que la tentation est grande de retenir la première, c'est-à-dire de ne pas ingérer la clause Calvo dans le projet d'articles, et cela pour deux motifs principaux. D'une part, les circonstances qui ont amené les États d'Amérique latine à adopter la clause Calvo ne sont plus de mise aujourd'hui, même si ces États en conservent des traces dans leur doctrine. D'autre part, les États acceptent désormais de renoncer à exiger, dans des contrats conclus avec des étrangers, non seulement l'épuisement des recours internes mais aussi l'application de leur droit national.

68. M. Daoudi pense néanmoins que la deuxième option, soit l'article 16 proposé, est plus intéressante car plus respectueuse des principes de la souveraineté des États et de la non-ingérence dans leurs affaires intérieures. L'article 16 contient, au paragraphe 1, trois variantes de la clause Calvo, reprises presque textuellement des formules de García Amador. La formulation de l'alinéa *a* est tout à fait acceptable, ce qui n'est pas le cas des alinéas *b* et *c* car ils prévoient la possibilité, pour un étranger, de renoncer à la protection diplomatique de son État de nationalité,

même lorsque l'État hôte commet un fait internationalement illicite ou lorsqu'il y a déni de justice. Or, ce droit n'appartient pas au particulier mais bien à son État de nationalité.

69. La seconde partie du paragraphe 1, qui commence par les mots « Cependant, une telle stipulation n'affecte en rien le droit de l'État de nationalité », pourrait tout à fait remplacer le texte actuel du paragraphe 2. Ce dernier est en effet inutile et atténue beaucoup les effets de la règle en la réduisant à une simple présomption, ce qui peut donner lieu à un conflit d'interprétation qui sera laissé à l'appréciation du juge ou de l'arbitre. Ces réserves étant émises, M. Daoudi est d'accord pour renvoyer le projet d'article au Comité de rédaction.

70. M. DUGARD (Rapporteur spécial) insiste sur le fait que la clause Calvo a influencé le débat sur la protection diplomatique tout au long de son histoire et que la Commission ne peut la laisser de côté au seul motif qu'il s'agit d'un simple arrangement contractuel. Si elle décide d'écarter cette clause en arguant qu'elle n'entre pas dans le cadre de son mandat, qui est de codifier les règles du droit international, elle risque de donner l'impression qu'elle n'a pas traité ce sujet parce qu'il soulève des problèmes épineux. Il est indéniable que c'est un sujet difficile et qui comporte une grande charge émotionnelle et symbolique mais la Commission ne peut pas se permettre de ne pas le traiter uniquement pour des raisons politiques. M. Dugard espère que les membres garderont cela à l'esprit lors des séances ultérieures consacrées à la question.

La séance est levée à 13 h 5.

2728e SÉANCE

Vendredi 31 mai 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

DEUXIÈME ET TROISIÈME RAPPORTS DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. Pour M. KOSKENNIEMI, la clause Calvo n'est rien de plus qu'une adjonction tout à fait mineure au droit en vigueur. Il partage l'idée de M. Brownlie qu'elle traite d'une question qui ne relève pas vraiment de la portée du sujet.

2. Lorsqu'une règle fait l'objet d'une exception, celle-ci prend souvent une importance considérable. Une telle exception est prévue au paragraphe 1 du projet d'article 16 figurant à la section C du troisième rapport du Rapporteur spécial sur la protection diplomatique (A/CN.4/523 et Add.1), dans le membre de phrase « lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'État contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité ». Bien des membres de la Commission ont fait valoir qu'il fallait, pour le principe, reconnaître l'égalité souveraine et l'évolution du système international. Pour M. Koskenniemi, toutefois, la dernière partie du paragraphe 1 ouvre la porte à l'intervention. Après tout, toute relation contractuelle, surtout si elle revêt une importance économique, sera considérée comme intéressant l'État de nationalité. Pour ne citer qu'un exemple, il pense au cas d'une grosse société qui passerait un contrat avec un État hôte et entretiendrait probablement de bonnes relations avec l'ambassade de son propre pays; en cas de problème, la société ne manquera pas de faire savoir officieusement à l'ambassade qu'une intervention de sa part au plan diplomatique pourrait être utile. L'ambassadeur considérera que la question concerne directement l'État lui-même et mérite le type d'intervention que la clause est censée viser.

3. La clause Calvo n'a pas seulement un effet symbolique. La référence aux questions qui concernent directement l'État laisse à l'ambassadeur le soin de décider de porter ou non l'affaire au niveau international, indépendamment de la renonciation. Comme il est difficile de traiter de la question de « l'intérêt direct » dans une définition, mieux vaudrait ne pas avoir du tout de disposition sur la clause Calvo. Celle-ci montre qu'une action motivée par des raisons symboliques peut avoir des conséquences qui vont à l'encontre de celles escomptées.

4. M. FOMBA dit qu'il fait partie de ceux qui jugeaient utile d'étudier la clause Calvo à condition de le faire du point de vue de la question globale de la renonciation au droit de prétendre à la protection diplomatique.

5. Le projet d'article 16 a sa source dans le fait internationalement illicite, qui concerne directement l'État de

---

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

nationalité, ne serait-ce que dans la personne de l'un de ses ressortissants. D'où l'absence de droit à la protection d'un ressortissant en tant que tel, mais l'existence d'un droit à exercer une protection, dont seul l'État est investi.

6. En ce qui concerne les conséquences de la clause Calvo, il faut préciser les deux situations qui peuvent se présenter en matière de renonciation. Premièrement, l'État seul, à l'exclusion du ressortissant, jouit d'un droit de renonciation. Deuxièmement, la seule voie ouverte au ressortissant consiste à essayer de convaincre l'État de renoncer à l'exercice de son droit pour une raison quelconque.

7. Dans l'ensemble, M. Fomba partage le point de vue de M. Pellet sur la logique sous-jacente et le libellé du texte. Il est partisan de renvoyer le paragraphe 1 au Comité de rédaction, à condition que seul l'alinéa pertinent, à savoir l'alinéa *a*, soit conservé, et appuie la proposition de M. Pellet tendant à remanier le paragraphe 2.

8. Pour ce qui est du caractère régional de la clause, M. Fomba relève que l'avis le plus largement admis des experts est bien connu et aussi que la CIJ a accepté la notion de coutume régionale, mais a souligné que la partie qui s'appuyait sur une coutume de cette nature devait prouver qu'elle était établie de façon à lier désormais l'autre partie (affaire du *Droit d'asile*, p. 276).

9. Enfin, M. Fomba fait largement siennes les idées exprimées par M. Daoudi et M. Momtaz.

10. M. TOMKA nourrit des doutes au sujet du projet d'article 16. Il revient à la Commission de codifier des règles de droit international, alors que la clause Calvo est de toute évidence une disposition contractuelle conçue comme une renonciation valable au droit de l'étranger de demander la protection diplomatique, ce qui pourrait prêter à confusion quant à la nature du droit intéressé. Il n'existe pas de droit à la protection diplomatique en droit international, comme il ressort clairement de la jurisprudence de la CIJ, en particulier dans l'affaire de la *Barcelona Traction*. Un tel droit pourrait être établi uniquement par un système juridique interne, mais un État jouit habituellement du pouvoir discrétionnaire d'exercer sa protection diplomatique à son gré. Le droit à la protection diplomatique au niveau international s'entend uniquement du droit d'un État d'assurer cette protection et non de celui d'un particulier de demander à en bénéficier. Ainsi, si une clause est une stipulation contractuelle, elle ne peut avoir aucune incidence sur le droit d'un État. À strictement parler, la Commission n'a pas besoin d'inclure une telle disposition dans son projet.

11. Évoquant l'observation faite au paragraphe 36 du rapport, M. Tomka ne pense pas que le problème soit qu'un particulier prive un État de son droit à assurer une protection diplomatique; le problème est celui des États qui renoncent d'eux-mêmes, dans certaines conditions, à leur droit d'exercer une protection diplomatique, ce qui n'a rien à voir.

12. M. Tomka est opposé au renvoi du projet d'article 16 devant le Comité de rédaction. Le Rapporteur spécial devrait mentionner la clause Calvo dans le commentaire, mais la clause en tant que telle ne devrait pas sortir des encyclopédies de droit international.

13. M. CHEE dit que l'excellent rapport du Rapporteur spécial sur la clause Calvo lui a fait comprendre qu'il ne s'agissait pas uniquement d'une doctrine du passé qui ne présenterait plus aucun intérêt pour l'époque actuelle.

14. À son avis, la décision de la Commission générale des réclamations (États-Unis/Mexique) dans l'affaire de la *North American Dredging Company* a été admise en tant que règle en ce qui concerne la clause Calvo. Elle repose sur l'hypothèse que la clause Calvo s'applique à un contrat commercial conclu entre un État et un étranger, aux termes duquel l'étranger renonce à son droit d'invoquer la protection diplomatique du gouvernement de son pays. Cependant, la Commission générale des réclamations a aussi conclu que cela ne privait pas le gouvernement du pays dont l'étranger était ressortissant de son droit d'étendre sa protection à ce dernier en cas de déni de justice ou « autre violation du droit international alors qu'il s'efforçait d'épuiser les recours internes ou de mener à bonne fin son contrat » [par. 28]. La décision de la Commission générale des réclamations dit toujours le droit. M. Chee n'a pas d'objections au maintien de la clause Calvo si les membres de la Commission la jugent nécessaire et efficace, mais pense qu'il ne faudrait pas perdre de vue que nombre de pays développés l'ont critiquée et qu'elle n'a pas été suivie en dehors de l'Amérique latine.

15. La clause visait à prévenir l'intervention diplomatique des grandes puissances industrialisées dans les États d'Amérique latine. Ces craintes se sont aujourd'hui dissipées grâce aux paragraphes 3 et 4 de l'Article 2 de la Charte des Nations Unies. En fait, depuis la seconde guerre mondiale, la pratique des États a en général évolué à contre-courant des objectifs de la clause Calvo. Plusieurs facteurs sont à l'origine de cette évolution. Premièrement, un investisseur étranger est protégé par des accords bilatéraux de garantie des investissements. Deuxièmement, la Convention pour le règlement des différends relatifs aux investissements entre États et ressortissants d'autres États permet à un investisseur étranger d'engager une action contre un État étranger, ce qui en soi renforce le droit d'un étranger de solliciter une protection sans aller jusqu'à lui garantir une protection diplomatique. Troisièmement, en vertu de l'Accord multilatéral de garantie des investissements, un investisseur étranger est protégé contre le risque de pertes découlant d'événements politiques dans le pays hôte. Tout porte à croire que ces tendances se maintiendront. Les États ont tous besoin, à de rares exceptions près, des investissements étrangers pour développer leur économie nationale. À l'heure actuelle, la plupart d'entre eux, dont les grands pays industrialisés, encouragent les sociétés étrangères à ouvrir des usines sur leur territoire. Il est difficile d'imaginer que les États hôtes, en particulier ceux qui ont besoin de capitaux, exigent d'un investisseur étranger qu'il renonce au droit de solliciter la protection diplomatique de l'État investisseur.

16. C'est pour toutes ces raisons que la clause Calvo a perdu de l'importance depuis la seconde guerre mondiale. Effectivement, elle n'est même pas mise en pratique dans le pays où elle a vu le jour, l'Argentine. L'application directe du droit international aux contrats des États, comme on l'a vu dans l'affaire *Texaco* en 1977 et l'affaire *Aminoil* en 1982, est un autre facteur qui a contribué à son déclin. Ainsi, le droit international public empiète même

sur les contrats privés, s'il s'agit de contrats passés avec des États.

17. La Commission devrait se demander s'il est politiquement sage de remettre en vigueur la clause Calvo, qui a fait l'objet de critiques de la part des États exportateurs de capitaux. Il faudrait se garder d'adopter une doctrine qui risque de décourager ou d'effrayer les investisseurs étrangers.

18. L'intervention diplomatique a désormais lieu non pas tant dans le domaine des contrats commerciaux que dans celui des violations des droits de l'homme. La Commission devrait se demander si la clause Calvo sert vraiment l'intérêt des États et de ceux d'Amérique latine en particulier.

19. M. MANSFIELD dit que la section C du troisième rapport l'a persuadé qu'il manquerait quelque chose à la règle des recours internes si l'on ne reconnaissait pas la clause Calvo : cette clause est tout simplement trop chargée d'histoire pour qu'on l'ignore. La Commission devrait inclure soit un article sur le sujet soit de longs éclaircissements dans le commentaire pour expliquer pourquoi un article spécifique ne s'impose plus. Après avoir suivi le débat, il ne voit pas d'objections au projet d'article 16, plutôt léger. Notamment, ce projet montre bien qu'aucune disposition contractuelle conclue par un particulier ne saurait empêcher l'État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique en sa faveur et que le droit à la protection diplomatique appartient à l'État et non à un individu. Aussi n'a-t-il aucune objection au renvoi du projet d'article 16, dans son intégralité, au Comité de rédaction, lequel devrait aussi répondre à l'observation formulée par M. Gaja, pour qui les questions en jeu pourraient être traitées plus efficacement, de façon qui prête moins à controverse et risque moins de susciter des erreurs d'interprétation si l'article était axé sur la question de la renonciation au droit de solliciter la protection diplomatique.

20. Mme ESCARAMEIA se dit surprise du degré d'émotion qui transparaît des observations faites par d'autres membres de la Commission. Elle se demande pourquoi la clause Calvo est considérée si importante dans le monde moderne que certains pays l'ont incorporée à un niveau élevé de leur droit interne, parfois même jusque dans leur constitution. La situation internationale a évolué depuis la fin du XIXe siècle et le début du XXe. Pour certains, la protection diplomatique s'enracine peut-être dans la nécessité de protéger des individus qui résident dans un État étranger mais n'ont pas voix au chapitre sur la scène internationale. Or, cela n'est plus le problème le plus pressant. Désormais, ce sont les sociétés multinationales qui investissent à l'étranger qui occupent le devant de la scène. Il semblerait que ces sociétés aient leur mot à dire dans les pays où elles opèrent et puissent donc se passer de la protection diplomatique. Mme Escarameia comprend malgré tout le point de vue de ceux qui soulignent le danger qu'il y a à entraver le développement et les relations économiques entre États et le besoin pour les États de pouvoir parler au nom de leurs sociétés nationales, lesquelles, aussi puissantes soient-elles, pourraient néanmoins avoir besoin d'une protection diplomatique contre un gouvernement étranger.

21. Aussi l'oratrice en a-t-elle conclu que la clause Calvo avait une valeur qui n'était pas simplement historique et symbolique et demeurait quelque chose d'important dont les incidences internationales dépassaient de loin celles de stipulations contractuelles en droit interne. Si elle comprend bien les observations de M. Brownlie, elle pense que ce dernier n'a peut-être pas saisi le rapport entre les stipulations contractuelles en droit interne, d'une part, et le droit international, de l'autre. Le sujet est important, non seulement parce qu'il a dominé tous les échanges sur la protection diplomatique pendant de longues années, mais aussi parce qu'il conserve de l'importance dans le monde moderne.

22. Dans un premier temps, Mme Escarameia a eu du mal à saisir le sens et la logique interne du projet d'article 16, car le recours à une procédure internationale de règlement judiciaire semblait être interdit au paragraphe 1 et autorisé au paragraphe 2. Après avoir lu le rapport, elle s'est rendu compte que les deux paragraphes visaient des circonstances et des événements différents. Il reste que la juxtaposition de ces deux paragraphes prête à confusion. Qui plus est, la clause Calvo intéresse au premier chef les affaires dans lesquelles des sociétés multinationales sont impliquées et pourtant l'article parle de « l'étranger » et de « cette personne », ce qui renvoie au contexte original de ce mécanisme, propre au XIXe siècle.

23. Comme M. Mansfield l'a noté, le projet d'article ne semble pas très ambitieux : il est limité à l'épuisement des recours internes dans les différends qui mettent en cause des contrats contenant une clause Calvo. En conséquence, il pose peu de risques réels et peut être renvoyé au Comité de rédaction. Les questions soulevées par Mme Xue et M. Koskenniemi peuvent être réglées par un remaniement du texte, peut-être par la suppression du paragraphe 2 ou la révision du paragraphe 1. Mais comme M. Gaja et M. Mansfield l'ont suggéré, le Rapporteur spécial pourrait aussi rédiger un article spécifique sur la renonciation de l'État.

24. M. TOMKA dit qu'il est opposé à la suggestion faite par Mme Escarameia et d'autres membres de la Commission de demander au Comité de rédaction de rédiger un article sur la renonciation avant que la question ait été débattue en plénière. De plus, la clause Calvo est une clause contractuelle sans rapport avec la renonciation de l'État au droit d'offrir sa protection diplomatique à des personnes physiques ou morales.

25. Mme ESCARAMEIA dit qu'elle a toujours soutenu que les débats du Comité de rédaction portaient trop sur le fond. Elle n'a pas voulu donner à penser que le Comité devrait se pencher sur la question de la renonciation avant qu'elle ait été débattue en plénière.

26. M. DUGARD (Rapporteur spécial) a cru comprendre que M. Gaja suggérait à la Commission d'envisager un projet d'article dont un paragraphe serait consacré à la renonciation de l'État et un autre à la renonciation du particulier. Il partage l'idée de M. Tomka qu'il s'agit là de questions distinctes. M. Gaja semble avoir donné à penser que, même si la Commission décidait d'inclure une disposition s'inspirant du projet d'article 16, cette disposition aurait peut-être davantage sa place dans une section générale sur la renonciation, mais cela supposerait de remanier le projet d'article 14 et de le séparer des autres dispositions sur les exceptions.

27. M. MANSFIELD partage l'avis du Rapporteur spécial. Il a choisi soigneusement ses termes, déclarant que les questions en jeu dans le projet d'article 16 pourraient être traitées avec plus d'exactitude, de façon qui prête moins à controverse et risque moins de susciter des erreurs d'interprétation dans le contexte d'un projet d'article sur la renonciation. Il estime que le Comité de rédaction peut examiner cette question.

28. M. ADDO dit que M. Tomka a raison d'affirmer que la renonciation de l'État n'a aucun rapport avec la clause Calvo. Cette clause, souvent incorporée dans des contrats passés entre États d'Amérique latine et nationaux d'autres États, découle de la doctrine Calvo qui tient que les non-nationaux n'ont pas droit à davantage de protection que les nationaux. De façon générale, la clause Calvo est inutile parce que l'épuisement des recours internes est habituellement une condition préalable à la formulation d'une revendication diplomatique. Elle est aussi inefficace parce que l'individu n'a pas compétence pour renoncer à un droit – celui d'exercer une protection diplomatique – qui appartient naturellement à l'État. Aussi M. Addo estime-t-il qu'un projet d'article consacré à la clause Calvo serait superflu et appuie-t-il la première des deux options avancées par le Rapporteur spécial dans la conclusion de son rapport. Si la clause Calvo revêt un intérêt historique et constitue une contribution significative de l'Amérique latine au développement du droit international, elle ne présente plus aujourd'hui d'intérêt pratique dans le droit contemporain que la Commission est appelée à codifier. Le projet d'article 16 ne devrait donc pas être renvoyé au Comité de rédaction; il faudrait par contre en reprendre la teneur dans le commentaire de façon à bien mettre en valeur son intérêt symbolique.

29. M. BROWNLIE, répondant à Mme Escarameia, dit que les membres de la Commission qui ne pensent pas que le projet d'article 16 doive être renvoyé au Comité de rédaction ne minimisent pas l'importance de la clause Calvo. Certains, comme M. Koskenniemi, craignent que les tentatives faites par la Commission pour s'occuper de cette question n'aient des conséquences dommageables.

30. Dans le monde contemporain, la clause Calvo n'est qu'un dispositif parmi tant d'autres, dont les clauses de stabilisation et les clauses de droit applicable que M. Brownlie rencontre fréquemment en tant qu'arbitre et dont la mise en œuvre est à mettre en parallèle avec l'application du droit interne. Si ce sujet général suscitait un grand intérêt, peut-être la Commission devrait-elle l'étudier au titre d'un nouveau point de son ordre du jour. Pour sa part, l'orateur ne pense pas que la clause Calvo ne soit pas importante; il n'a vu aucune preuve à l'appui de l'idée qu'il s'agissait purement et simplement d'une notion régionale propre à l'Amérique latine ou ne présentant qu'un intérêt historique. Mais il n'appartient pas à la Commission ni à des organes de codification similaires d'offrir des avis consultatifs sur la façon dont le droit international public devrait s'appliquer à différents dispositifs et situations. Par exemple, il serait très intéressant de savoir ce que les membres de la Commission pensent de l'application du droit de la mer, mais un tel débat ne relèverait pas du mandat de cette dernière.

31. M. Brownlie n'est pas même certain que la Commission soit habilitée à traiter de la question à l'examen. La clause Calvo n'est pas une question qui n'a pas encore été réglementée par le droit international, elle n'a pas besoin non plus d'être formulée en termes plus précis, aux fins de l'article 15 du statut de la Commission. Soumise à des règles, elle est en vigueur depuis 150 ans et a fait l'objet de bien des commentaires dans les livres de droit. Le problème réside non pas dans ce qu'est le droit, mais dans la façon dont il est appliqué. Si la Commission décide de s'atteler à la question, elle devrait le faire dans le contexte plus vaste des dispositifs touchant le placement des investissements et la promotion des investissements par l'État hôte.

32. M. KEMICHA relève l'idée émise par M. Tomka que, pour la Commission, l'importance de la clause Calvo réside dans ses rapports avec la notion de renonciation, comme l'a reconnu le Rapporteur spécial. Cependant, examiner les renonciations dans le contexte historique de la clause Calvo revient à semer la confusion. La Commission doit examiner non seulement les coutumes et pratiques régionales du passé mais aussi celles du présent. Mme Escarameia a fait observer à juste titre qu'à l'époque contemporaine l'accent était mis sur la protection des sociétés multinationales plutôt que sur celle des particuliers. Les pays hôtes souhaitent attirer des investisseurs étrangers et de nombreux traités ont été conclus en la matière. La Banque mondiale dresse chaque année la liste des accords bilatéraux et multilatéraux destinés à promouvoir et protéger ces investissements, qui font tous référence à l'arbitrage international, preuve, s'il en est, de l'importance de la renonciation.

33. M. GALICKI dit que la Commission devrait faire la différence entre la renonciation de l'État (projet d'article 14) et celle du particulier (projet d'article 16). Le maintien du projet d'article 16 introduirait la notion de droit de l'étranger à solliciter la protection diplomatique au paragraphe 1, ouvrant ainsi la boîte de Pandore. Jusqu'à présent, la Commission a concentré ses travaux sur le droit des États d'exercer leur protection diplomatique sans mentionner le particulier comme étant quelqu'un habilité à demander à en bénéficier. Les projets d'article sur lesquels un accord s'est dégagé sont limités aux préjudices causés à des nationaux suite à des faits internationalement illicites, tandis que, dans la clause Calvo, la source du préjudice réside dans une obligation contractuelle qui ne relève pas de la portée de la protection diplomatique. La Commission devrait éviter de mélanger ces deux domaines. Tout en respectant la clause Calvo et son application pratique, M. Galicki pense qu'elle ne relève pas du champ de la protection diplomatique et que le projet d'article 16 ne devrait pas figurer dans le projet à l'examen.

34. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA demande à M. Brownlie de développer ses observations sur le rôle de la clause Calvo en matière d'arbitrage : il serait utile qu'il explique si les vestiges de cette clause jouent le même rôle que par le passé, si elle fonctionne différemment des types de mécanismes de stabilisation mis au point plus récemment qu'il a rencontrés en travaillant sur des contrats internationaux et quel effet elle exerce sur des contrats passés entre investisseurs et pays hôtes.

35. M. BROWNLIE dit qu'il existe tout un univers de l'arbitrage, constitué par exemple par l'ALENA, la CNUDCI et différents modes d'arbitrage ad hoc assortis

parfois d'une renonciation sous une forme ou une autre à l'application du droit interne; autrement, il ne saurait y avoir d'arbitrage. La frontière entre droit interne et droit international est constamment remise en cause et fait notamment l'objet d'un arbitrage capital entre les États-Unis d'Amérique et le Canada concernant l'évolution de la réglementation et de l'éventail applicable des règles de droit interne. Même dans le cas des traités sur les investissements, des différends surgissent au sujet des rôles spécifiques du droit interne et du droit international ou des principes généraux du droit s'agissant d'un traité ou d'une clause contractuelle particulière. Il existe en la matière une documentation abondante, dont une partie remonte loin dans le temps. M. Chee a évoqué l'affaire *Aminoil*. La clause Calvo ne représente que l'un des nombreux procédés techniques conçus pour promouvoir les investissements tout en préservant en partie la souveraineté et les prérogatives de l'État hôte. Dernièrement, par exemple, la République tchèque a été partie à un arbitrage concernant le droit de l'État d'exercer un contrôle sur la presse nationale.

36. M. KAMTO joint sa voix aux félicitations adressées par M. Kabatsi au Rapporteur spécial pour son érudition et l'ouverture d'esprit dont il fait preuve en offrant à la Commission le choix entre deux options. L'Amérique latine a beaucoup contribué au droit international. Mais, s'agissant de la clause Calvo, la question n'est pas de savoir si une coutume régionale présente de l'intérêt pour les travaux de la Commission sur le sujet de la protection diplomatique, mais si cette clause est effectivement une coutume. M. Kamto est enclin à partager l'avis de M. Brownlie, à savoir que, sous sa forme actuelle, elle relève plus de la technique contractuelle que d'un dispositif réglementaire. Il souscrit par ailleurs à l'analyse détaillée faite par M. Pellet de la section C du troisième rapport.

37. M. Kamto craint que la Commission n'ait perdu de vue la perspective juridique. La valeur de la clause Calvo et son importance pour le sens d'identité nationale de certains pays sont des questions intéressantes, mais la Commission est appelée à une tâche de codification et de développement progressif du droit international. Une fois que l'on est convenu que la clause concerne le droit du particulier plutôt que celui de l'État, les choses sont claires; les particuliers ne peuvent aliéner le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique dans le contexte d'un contrat privé. La Commission ne peut pas codifier la clause Calvo comme s'il s'agissait d'un traité d'investissement bilatéral entre États et, même si elle décidait d'inclure un article sur la renonciation, cette clause n'aurait pas sa place dans une telle disposition. Elle peut servir à protéger des pays faibles incapables de se défendre eux-mêmes contre des sociétés multinationales, mais ce n'est pas là une considération juridique. Le Comité de rédaction ne peut que noter que la clause Calvo est un procédé technique juridique utilisé par des personnes physiques ou morales dans des contrats privés, mais qu'elle ne saurait aliéner le droit des États. Ainsi, aucune partie du projet d'article 16 ne devrait être transmise au Comité de rédaction, pas même le paragraphe 1 *a*, puisque seul l'État, dans le contexte d'un traité d'investissements, peut renoncer au droit d'exercer sa protection diplomatique en faveur de ses nationaux qui résident dans un autre État.

38. Mme XUE dit que, s'il existe une clause Calvo, ses incidences juridiques doivent être explicitées. Le projet d'article 16 n'est pas censé codifier la clause Calvo et pose au contraire des limites à son application dans les relations internationales. Cet article énonce clairement ce qui a été accepté par la pratique internationale, ainsi que les incidences de la clause en droit international, anticipant le besoin qu'auraient dans l'avenir des arbitres internationaux de se reposer exclusivement sur la jurisprudence. Le projet d'article 16 précise aussi les rapports entre les droits du particulier et ceux de l'État dans ce domaine, à savoir le droit d'un particulier ou d'une société étrangère de solliciter la protection diplomatique et le droit d'un État de l'exercer. En conséquence, le projet d'article 16 n'est pas purement symbolique, il traite aussi de la question quant au fond. De plus, même si le recours à la clause Calvo est largement confiné à l'Amérique latine, les problèmes que cette clause cherche à résoudre ont une dimension mondiale et pas uniquement régionale. C'est pourquoi il faudrait que le projet d'articles aborde la question. En codifiant les questions soulevées par la clause Calvo et la pratique qui en découle, le projet d'article 16 rend un précieux service.

39. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit qu'à son avis le projet d'articles ne perdrait rien avec la suppression du projet d'article 16 qui empiète sur des domaines qui ne sont pas la chasse gardée de la Commission. On peut assimiler la clause Calvo à une tentative avortée, bien que courageuse, pour traiter des problèmes d'intervention et de coercition étatiques. Elle a désormais cédé la place à la Charte des Nations Unies, à la Déclaration relative aux principes du droit international touchant les relations amicales et la coopération entre les États conformément à la Charte des Nations Unies[4] et à la Déclaration sur l'inadmissibilité de l'intervention dans les affaires intérieures des États et la protection de leur indépendance et de leur souveraineté[5]. Il y a bien longtemps que des procédés sans grande efficacité comme la clause Calvo ne peuvent plus être considérés comme un bon moyen de protéger l'indépendance souveraine des États. Revenir à la question soulèverait toute la gamme de questions évoquées par M. Koskenniemi et plus encore, sans compter que l'on pourrait s'interroger sur le bien-fondé de cette démarche pour les raisons exposées par M. Brownlie.

40. M. KAMTO dit que Mme Xue a fait une distinction qui, si elle est valable en théorie, n'en semble pas moins couper les cheveux en quatre. Il est vrai que, selon le projet d'article 16, la clause Calvo vaut renonciation valable au droit de l'étranger d'invoquer la protection diplomatique et non au droit de l'État de l'exercer. Mais dans la pratique il ne semble pas y avoir de différence au niveau des conséquences juridiques internationales. Ni la pratique des États ni la jurisprudence ne veulent que l'exercice par l'État de sa protection diplomatique réponde à une requête émanant d'un particulier. Même si le particulier a renoncé par contrat à son droit, l'État conserve son droit d'exercer sa protection diplomatique. Tout comme il arrive que l'État refuse d'accorder la protection diplomatique

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

[5] Résolution 2131 (XX) de l'Assemblée générale en date du 21 décembre 1965.

demandée par un de ses ressortissants, de même le silence de la part du particulier n'empêche pas l'État d'exercer sa protection diplomatique.

41. M. KABATSI dit que, comme Mme Xue l'a fait observer à juste titre, la question traitée dans le projet d'article 16 n'est pas la clause Calvo, mais les incidences en droit international de l'exercice de ce dispositif contractuel. C'est le préjudice causé à un particulier qui soulève la question du droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique. Il n'est pas question de préjudice dans les cas d'exécution d'obligations en vertu d'un contrat. Si l'État contractant n'a commis aucun mal, mais s'est contenté de s'acquitter de ses obligations en vertu du contrat – y compris en insistant pour que le ressortissant en respecte les dispositions –, on voit mal comment ce droit fictif de l'État intervient. Cette clause a pour incidence qu'en pareil cas le droit d'exercer la protection diplomatique est inexistant. Le projet d'article 16 éclaire bien l'équilibre entre les intérêts du ressortissant et ceux de l'État et devrait donc être conservé.

42. M. Sreenivasa RAO dit que l'on peut assimiler effectivement la pratique récente, consistant à conclure des accords-cadres qui donnent le primat à l'arbitrage conformément au droit de l'État étranger, à une nouvelle forme de clause Calvo. Comme Mme Xue l'a fait observer à bon droit, il faudrait considérer la clause Calvo non pas uniquement dans son contexte historique, étroit, qui a cessé de revêtir une importance particulière, mais à la lumière de l'intérêt qu'elle continue de susciter dans les affaires d'arbitrage. Cette clause soulève des questions quant à la nature du droit de l'État, par opposition à celui du particulier, quant au moment où elle est déclenchée, quant aux modalités de mise en œuvre et quant aux conséquences pour d'autres étrangers de la renonciation du droit à la protection diplomatique par un étranger. La question soulevée par le Rapporteur spécial dans le projet d'article 16 s'étend de toute évidence au-delà des confins étroits de la clause Calvo en soi et, de ce fait, mérite d'être débattue.

43. M. DAOUDI, notant que M. Brownlie a fait valoir que le projet d'article 16 visait une procédure arbitrale ou judiciaire et ne relevait donc pas du mandat de la Commission, dit qu'à son avis le projet d'article 16 présenté par le Rapporteur spécial contient des dispositions qui vont au-delà de la clause Calvo telle que la pratique latino-américaine la reflète, offrant une variante spécifique de la règle de l'épuisement des recours internes posée dans le projet d'article 10. Le projet d'article 16 a pour objet d'insister sur le moment où la protection diplomatique doit s'exercer. Il n'a pas pour objet, comme on l'a prétendu, d'empêcher une ambassade d'intervenir en faveur d'un particulier ou d'une société – fonction clairement établie au paragraphe 1 *b* de l'article 3 de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques. Il vise à interdire à un État d'exercer sa protection diplomatique tant qu'aucun fait internationalement illicite – sous forme de déni de justice – n'a été commis. C'est pourquoi M. Daoudi reste partisan de renvoyer le projet d'article 16, assorti de quelques modifications, au Comité de rédaction.

44. M. CHEE dit que deux catégories de droits étaient en cause dans l'affaire de la *North American Dredging Company*, à savoir les droits d'un État en droit international et les droits des particuliers ou des sociétés en droit interne. Il reste à savoir si un individu peut priver un État de ces droits. Telle est la question posée dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine* et la fiction de Vattel. Pour ce qui est de l'exécution, on peut se demander si un individu peut engager le droit d'un État et si un État peut conclure un contrat privé en droit interne. Il semble qu'il faille répondre par la négative à la première de ces deux questions à moins que l'État ne décide de reprendre la revendication à son compte. L'affaire de la *North American Dredging Company* a montré clairement qu'un particulier ne pouvait renoncer valablement, par contrat, à son droit à la protection diplomatique en cas de déni de justice. Cette subtile distinction mériterait d'être conservée.

45. M. KAMTO dit qu'il n'est pas sûr que l'interprétation que M. Daoudi vient de donner du projet d'article 16 soit étayée par le paragraphe 1 *b* du projet d'article lui-même. La protection diplomatique ne peut s'exercer qu'en cas de violation d'une règle du droit international. Cette disposition revient à dire qu'aucune disposition stipulée par un étranger dans un contrat conclu à l'étranger n'empêche l'État de nationalité d'exercer sa protection diplomatique. Il ne semble pas nécessaire de le préciser. Si la disposition contractuelle ne viole pas une obligation internationale, il peut n'y avoir aucune raison d'exercer la protection diplomatique. Le commentaire se rapportant à la disposition relative à la renonciation devrait bien préciser que c'est pourquoi la Commission ne considère pas la clause Calvo comme relevant de son mandat.

46. M. DAOUDI dit que son interprétation de l'article 16 découle de la logique d'ensemble de ce projet. Aux alinéas *a*, *b* et *c* du paragraphe 1, il énumère certaines stipulations contractuelles passées entre un étranger et un État, à la lumière des travaux de García Amador[6]. Comme l'auteur le fait observer dans l'extrait cité à la section C.3 du rapport, la renonciation à la protection diplomatique telle qu'elle s'exprime à travers la clause Calvo prend une diversité de formes. Le Rapporteur spécial décrit toutes les variantes de la clause, puis déclare que l'existence de ces variantes présume de l'épuisement des recours internes. Telle est la logique de l'article : il est étroitement lié à la règle de l'épuisement des recours internes énoncée dans le projet d'article 10. La seule caractéristique propre au projet d'article 16 se trouve dans une stipulation contractuelle exigeant de l'étranger qui fait des affaires avec un État d'épuiser les recours internes.

47. M. TOMKA, se référant à l'argument avancé par M. Brownlie, à savoir que, la clause Calvo n'étant qu'un procédé technique contractuel et non une règle de droit international public, la Commission ne devrait pas s'en occuper, dit que M. Brownlie a raison dans la mesure où, par codification, on vise les cas où il s'agit de formuler avec plus de précision et de systématiser les règles du droit international dans des domaines dans lesquels il existe déjà une pratique étatique considérable, des précédents et des opinions doctrinales. En revanche, rien n'empêche la Commission de rédiger une disposition sur les incidences d'une question qui relève du droit interne si elle en ressent le besoin. Deux exemples lui viennent à l'esprit. L'article 3 du projet sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cin-

[6] Voir 2725e séance, note 9.

quante-troisième session[7] contient une référence au droit interne, spécifiant que la qualification du fait d'un État comme internationalement illicite « n'est pas affectée par la qualification du même fait comme licite par le droit interne ». L'article 46 de la Convention de Vienne de 1969 en est un autre exemple.

48. Plusieurs membres de la Commission ont suggéré que le projet d'article 16 énonce les incidences de certaines situations, mais cette disposition se concentre sur trois scénarios, très limités. De l'avis de M. Tomka, les stipulations contractuelles, qu'elles relèvent du droit interne, du droit commercial ou autre, représentent une *res inter alia acta*. Si le droit d'exercer la protection diplomatique est reconnu comme droit d'un État en droit international public, comme il l'a été, les stipulations contractuelles passées entre un particulier ou une société et un État ne peuvent alors avoir d'incidences juridiques pour ce droit. Un membre de la Commission a dit que le projet d'article 16 pouvait être interprété comme une présomption en faveur de la nécessité d'épuiser les recours internes, condition générale préalable au recours à la protection diplomatique. Une telle interprétation aura-t-elle un intérêt juridique quelconque ? M. Tomka ne le pense pas. Ce projet d'article pourrait être aussi interprété comme signifiant qu'un État qui a convenu de telles dispositions contractuelles réaffirme sa position juridique selon laquelle les recours internes doivent avoir été épuisés.

49. Mais dans l'ensemble l'orateur n'est pas convaincu que ce projet d'article doive figurer dans un projet consacré à la protection diplomatique. Si le Rapporteur spécial juge nécessaires des dispositions sur la renonciation, il devrait en proposer mais le projet d'article 16 n'est pas un bon point de départ. Il ne traite pas de la renonciation d'un État et envisager la renonciation d'un particulier ne fera que prêter à confusion puisqu'il n'existe pas de droit de l'homme international à la protection diplomatique. Du point de vue du droit international public, il appartient à l'État de décider d'exercer ou non sa protection diplomatique.

50. M. MOMTAZ dit que, suite au débat fécond qui s'est déroulé, il est parvenu à la conclusion que la seule différence entre le projet d'article 16 et le projet d'article 10 tient à ce que le premier touche uniquement à des dispositions qui pourraient figurer dans un contrat passé entre un particulier et un État. Ces dispositions, ou stipulations contractuelles, relèvent du droit interne et non du droit international. M. Momtaz comprend la remarque de M. Daoudi, pour qui le projet d'article 16 est une variante destinée simplement à dire la même chose en des termes différents et n'ajoute rien. Effectivement, le paragraphe 2 résume l'ensemble du paragraphe 1 en en faisant une présomption en faveur de la nécessité d'épuiser les recours internes, soit la proposition même énoncée dans le projet d'article 10. Néanmoins, M. Momtaz est partisan d'inclure une disposition sur la renonciation des États à l'exercice de la protection diplomatique, qui relève du droit international, mais ne voit pas la nécessité d'une disposition consacrée à la renonciation de particuliers qui, elle, lui échappe.

[7] Voir 2712e séance, note 13.

51. M. CANDIOTI félicite chaleureusement le Rapporteur spécial pour la façon remarquable dont il a traité les questions soulevées en droit international par la clause Calvo. Il a procédé à une analyse vraiment rigoureuse de l'historique de la clause Calvo, de ses tentatives de codification, des décisions prises par les tribunaux internationaux et de la doctrine. Dans la conclusion de son rapport (section C), le Rapporteur spécial propose deux options dont, à titre personnel, il préfère la seconde. Le paragraphe 1 du projet d'article 16 aura sa place dans le projet sur la protection diplomatique dès que le Comité de rédaction l'aura examiné et y aura apporté les modifications de rédaction nécessaires.

52. Certains membres font valoir qu'il apporte peu de choses au projet mais, comme on le dit en français, ce qui va sans dire va encore mieux en le disant. Les dispositions du projet d'article 16 donnent une idée plus nette de l'institution de la protection diplomatique et du poids historique de la clause Calvo dans son développement. L'arrêt rendu dans l'affaire de la *North American Dredging Company* ne saurait être passé sous silence dans le contexte de la codification des règles applicables à la protection diplomatique. L'article 16 contribue certainement pour beaucoup à préciser qu'une stipulation contractuelle dans laquelle un particulier ou une société renonce au droit de solliciter la protection de l'État ne sous-entend en aucun cas la renonciation par l'État de son droit à exercer sa protection diplomatique. Il est utile en ce qu'il caractérise le droit à la protection diplomatique comme étant le droit exclusif et discrétionnaire de l'État de nationalité. En ce sens, il complète le projet d'article 10. Là encore, le paragraphe 1 de l'article 16 est utile dans la mesure où il définit l'entité qui a le droit de renoncer à l'exercice de la protection diplomatique comme étant celle qui, au premier chef, a le droit de l'exercer. C'est pour ces raisons que M. Candioti convient que l'article 16 devrait être renvoyé au Comité de rédaction pour qu'il en examine avec soin le libellé et la place dans l'économie du projet.

53. M. DUGARD (Rapporteur spécial), résumant les débats sur la section C de son troisième rapport, remercie les membres de la Commission pour un échange de vues stimulant qui le laisse cependant dans une certaine perplexité. Les avis semblent assez équitablement partagés sur la question de savoir s'il y a lieu d'inclure le projet d'article 16 dans le projet, ce qui lui rappelle la division de points de vue sur le maintien ou non de l'article 19 sur la responsabilité pénale internationale dans le projet sur la responsabilité des États. La différence toutefois tient à ce que les membres de la Commission étaient alors en complet désaccord quant à la valeur, au but et au fond de l'article 19, tandis que maintenant même ceux qui pensent que la clause Calvo ne relève pas du domaine de compétence de la Commission sont convaincus de son importance dans l'histoire et le développement de la protection diplomatique. L'inclusion du projet d'article 16, qui reflète la clause Calvo, ne susciterait donc pas de tollé, du moins telle est son impression.

54. Le débat a amené le Rapporteur spécial à changer plusieurs fois d'opinion. Dans un premier temps, il était plutôt favorable à la première option, tendant à la suppression du projet d'article 16, mais des déclarations fermes de Mme Xue, de M. Daoudi et de M. Candioti l'ont fait pencher dans la direction opposée. Il a compté en tout

10 membres de la Commission en faveur de l'inclusion de ce projet et 9 contre. Il est assez intéressant de noter que la division ne suit pas des critères régionaux : on peut trouver d'un côté comme de l'autre des représentants de tous les groupes régionaux. On pourrait résumer le fond du débat comme suit. M. Brownlie et d'autres membres de la Commission sont d'avis que le projet d'article 16 vise des arrangements contractuels et n'a pas sa place dans le projet. D'autres membres ont fait valoir que la disposition situe la clause Calvo dans le contexte nécessaire et doit figurer dans le projet.

55. La Commission a le choix entre plusieurs options. Comme apparemment le paragraphe 2 du projet d'article 16 est très peu appuyé, si ce n'est que sa teneur devrait être reprise dans le commentaire relatif à l'alinéa *b* du projet d'article 14, la question qui se pose est celle de savoir s'il convient de renvoyer le paragraphe 1 au Comité de rédaction, accompagné des amendements non négligeables suggérés au cours de la discussion ou s'il vaut mieux supprimer cette disposition du projet. Si la Commission la laisse de côté, la question devra être traitée de façon approfondie dans le commentaire, plus précisément dans celui se rapportant au projet d'article 10 et à l'alinéa *b* du projet d'article 14. La suggestion de M. Gaja de tenter de rédiger une clause de renonciation passe-partout ne peut être reprise pour les motifs invoqués à juste titre par M. Tomka.

56. Le Rapporteur spécial ne sait honnêtement pas comment procéder, mais en fin de compte recommande à la Commission de renvoyer le paragraphe 1 du projet d'article 16 au Comité de rédaction, sous réserve des suggestions faites au cours du débat. Une petite majorité est favorable à cette façon de procéder, encore qu'il reconnaisse volontiers qu'il ne s'agit bien que d'une courte majorité.

57. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que, lorsque la moitié des membres de la Commission s'opposent au renvoi d'une proposition devant le Comité de rédaction, ce n'est pas une solution de compromis que d'aller simplement de l'avant et de la lui renvoyer. Il est possible, à son avis, de respecter le souci des avocats de la clause Calvo en traitant de la question dans le commentaire.

58. M. TOMKA dit que, si le paragraphe 1 du projet d'article 16 doit être renvoyé au Comité de rédaction, il faudrait donner quelques consignes quant aux objectifs de l'exercice de rédaction, à la forme que cet article devrait finalement revêtir, etc. Certains membres ont dit qu'il était de portée trop étroite. Devrait-il alors viser des techniques autres que la stipulation contractuelle ? Peut-être faudrait-il donner au Rapporteur spécial du temps pour réfléchir à la question et, une fois qu'il aura présenté son document de travail sur le lien volontaire à la prochaine séance, pourra-t-il définir sa conception d'une disposition qui reflète la clause Calvo.

59. M. KAMTO fait sienne cette proposition et ajoute que des consultations devraient peut-être s'engager avec les membres de la Commission opposés au renvoi du projet d'article au Comité de rédaction afin de parvenir à un consensus.

60. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la sagesse conjuguée des deux orateurs qui l'ont précédé l'incite à engager des consultations et à rechercher une solution avant la prochaine séance de la Commission. C'est ainsi qu'il procédera s'il n'entend pas d'objections.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

2729e SÉANCE

Mardi 4 juin 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

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

1. M. DUGARD (Rapporteur spécial), présentant le résultat de ses réflexions sur le lien volontaire, exposé à la section A.3 de son troisième rapport sur la protection diplomatique (A/CN.4/523 et Add.1), rappelle que la Commission a examiné cette question dans le cadre de son débat sur le projet de l'article 14 consacré aux exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Elle s'est interrogée sur la nécessité d'inclure dans le projet la disposition selon laquelle l'existence d'un lien volontaire entre l'étranger lésé et l'État hôte serait une condition préalable à l'application de la règle et, le cas échéant, sur l'emplacement d'une telle disposition dans le projet d'articles. En ferait-elle une clause distincte ? L'inclurait-elle dans l'article 10, ou encore dans l'article 14 ? Plusieurs positions se sont dégagées lors du débat à

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

la Commission à propos du lien volontaire. Pour certains, comme M. Brownlie, l'existence d'un tel lien est la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes. Pour d'autres, son absence constitue une exception à la règle, et telle était l'optique que M. Dugard lui-même avait adoptée dans le projet d'article 14 *c*. Pour d'autres encore, le lien volontaire est un élément nécessaire à l'exercice de la compétence ou une condition préalable à l'application de la règle. Ces divergences d'opinion soulignent combien il est difficile de codifier l'exigence d'un lien volontaire. M. Dugard a été finalement convaincu par M. Brownlie que l'existence d'un tel lien est essentiellement la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes et que cette question ne se prête donc pas à la codification. Cela est confirmé par l'évolution de la notion de responsabilité des États. Dans le village planétaire actuel, il est de plus en plus fréquent que les ressortissants d'un État A soient lésés par le comportement d'un État B ou de ses nationaux sans qu'ils n'aient aucun lien avec cet État B. Cette évolution a des implications importantes pour les normes du droit international tant public que privé qui régissent la compétence, et elle suscite des interrogations à propos de la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes.

2. De l'avis de M. Dugard, si la Commission tient à codifier la question du lien volontaire, elle peut le faire de plusieurs façons, par exemple, en modifiant l'article 10 pour qu'il se lise comme suit : « Un État ne peut formuler une réclamation internationale découlant d'un préjudice causé à un de ses nationaux, personne physique ou morale, qui a un lien volontaire avec l'État responsable du préjudice avant que le national lésé ait épuisé tous les recours juridiques internes ». Une autre possibilité serait de conserver la notion de lien volontaire en tant qu'exception, selon ce qui est proposé dans le projet d'article 14 *c*. Si certains membres préfèrent ne pas utiliser l'expression « lien volontaire », l'alinéa *c* pourrait être remplacé par le texte suivant : « Toute tentative pour épuiser les recours internes causerait de graves difficultés à l'étranger lésé [serait manifestement déraisonnable] ». L'autre suggestion qui a été émise lors des débats, à savoir consacrer au lien volontaire une clause distincte, est à écarter, notamment en raison de l'évolution du droit relatif aux dommages transfrontières. Une telle clause relève davantage du sujet de la responsabilité objective (*liability*).

3. M. Dugard lui-même préférerait que la question du lien volontaire ne soit expressément mentionnée dans aucune disposition mais soit plutôt intégrée dans le commentaire de l'article 10 en tant que raison d'être traditionnelle de la règle de l'épuisement des recours internes, dans le commentaire de l'article 11, dans le cadre de l'examen d'un préjudice direct n'exigeant pas l'épuisement des recours internes et dans le commentaire de l'article 14 *a*, lorsqu'il s'agit de déterminer si les recours internes offrent une perspective raisonnable de succès. En bref, il partage l'avis de Roberto Ago, selon lequel le sujet ne se prête pas encore à la codification. Bien que cet avis ait été exprimé à la fin des années 70, il a été confirmé depuis lors par l'évolution du droit de l'environnement.

4. Revenant ensuite sur les situations difficiles, évoquées au paragraphe 83 de son troisième rapport, dans lesquelles il est déraisonnable d'exiger de l'étranger lésé qu'il épuise les recours internes, le Rapporteur spécial fait observer que, dans le premier cas cité, à savoir les dommages transfrontières à l'environnement causés par la pollution, les retombées radioactives ou des objets spatiaux artificiels, différents scénarios sont possibles. Si le préjudice résulte d'un acte qui ne constitue pas un fait internationalement illicite, on n'est plus dans le contexte de la protection diplomatique mais dans celui de la responsabilité objective (*liability*). Si le préjudice résulte d'un fait internationalement illicite et est direct, cette possibilité est déjà couverte par le projet d'article 11. D'autre part, un accord international peut stipuler que les recours internes n'ont pas à être épuisés; on en trouve un exemple à l'article XI de la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, dont le texte est reproduit au paragraphe 80 du troisième rapport. Il se peut également que les tribunaux de l'État responsable ne soient pas compétents pour connaître des affaires de dommages transfrontières à l'environnement causés à partir de leur territoire, et ce cas est déjà prévu par le projet d'article 14 *a*. Dans d'autres cas, un ressortissant d'un État A, sur le territoire duquel le dommage a été causé, peut intenter une action en justice contre le gouvernement de l'État B, sur le territoire duquel le dommage a été provoqué, devant un tribunal de l'État A. Le plus souvent, le gouvernement de l'État B se tirera d'affaire en invoquant le principe de l'immunité de l'État souverain. Cette situation relève également du projet d'article 14 *a*. Enfin, les tribunaux de l'État responsable peuvent, dans le cadre d'un accord passé avec l'État lésé, offrir des recours internes aux ressortissants de ce dernier. Ce dernier cas n'entre plus dans le champ de la protection diplomatique et relève davantage du projet d'articles sur la responsabilité objective (*liability*). En conclusion, M. Dugard est d'avis que, s'agissant des dommages transfrontières causés à l'environnement, il n'est pas nécessaire de prévoir une disposition distincte faisant de l'existence d'un lien volontaire une condition de l'application de la règle de l'épuisement des recours internes.

5. Dans le deuxième type de situation évoqué, soit le fait d'abattre un aéronef hors du territoire de l'État défendeur ou un aéronef qui a pénétré dans son espace aérien par accident, il y a véritablement préjudice direct, et la pratique des États montre que le plus souvent l'État défendeur n'insistera pas pour que les recours internes soient épuisés. Il s'agit donc d'un cas couvert par le projet d'article 11 et aucune disposition distincte n'est nécessaire. Le troisième type de situation est le fait pour un soldat de l'État B stationné dans le territoire de l'État A de tuer un ressortissant de cet État A. Il existe le plus souvent un accord international qui prévoit la possibilité de présenter une réclamation contre l'État B. Mais, dans le cas contraire, on ne voit pas pourquoi le gouvernement de l'État A ne serait pas tenu de demander réparation devant les tribunaux de l'État B, si ceux-ci offrent une perspective raisonnable de succès. Cette situation est déjà couverte par le projet d'article 14 *a* et il n'est pas nécessaire de prévoir une disposition distincte. Enfin, pour ce qui est de l'enlèvement transfrontière d'un ressortissant étranger soit de son État d'origine soit d'un État tiers par des agents de l'État défendeur, deux options sont possibles : soit il s'agit clairement d'une violation de la souveraineté territoriale de l'État de nationalité de l'étranger, qui peut donner lieu à une réclamation directe de celui-ci contre l'État responsable, et ce type de situation est déjà cou-

vert par le projet d'article 11, soit la partie lésée aura la possibilité d'intenter une action en réparation devant les tribunaux de l'État responsable, et l'on ne voit pas pourquoi elle n'en ferait pas usage. Si elle ne l'a pas, on se retrouve dans la situation couverte par le projet d'article 14 *a* qui exige une possibilité raisonnable d'obtenir une mesure de réparation efficace. Dans les deux cas, rien ne justifie donc une disposition distincte.

6. M. Dugard estime que la Commission ne devrait pas entraver le développement du droit international sur ce sujet, d'autant que la pratique des États continue d'évoluer, surtout en matière de dommages à l'environnement, et il suggère de ne rien dire du lien volontaire dans le projet d'articles même mais de l'évoquer simplement dans le commentaire à diverses occasions, et de traiter cette question dans le cadre du sujet de la responsabilité des États pour les dommages causés par des activités non interdites par le droit international.

7. M. BROWNLIE dit qu'il se trouve dans une position plutôt étrange car ce qui a été dit précédemment donne l'impression qu'il est un fervent partisan de l'exigence du lien volontaire. Tel n'est pas le cas. Il ne voit simplement pas pourquoi le Rapporteur spécial juge que la question du lien volontaire n'est pas pertinente. Lui-même n'est pas d'avis que le lien volontaire soit la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes et, dans l'ouvrage qu'il a écrit sur la question plusieurs années auparavant, il a simplement dit que la position que l'on pouvait adopter au sujet de savoir s'il fallait retenir ou non la notion de lien volontaire était fonction de la conception que l'on avait du fondement politique de la règle de l'épuisement des recours internes. Si l'on considérait que celle-ci avait pour principal objectif de prévoir des modalités de règlement judiciaire relativement plus commodes que les voies internationales, il était clair que la question du lien volontaire ne se posait même pas. Si l'on pensait que la règle visait à définir des conditions appropriées pour l'exercice de la compétence nationale, alors l'exigence d'un lien volontaire telle que la résidence était tout à fait pertinente. D'autre part, M. Brownlie ne comprend pas pourquoi la question de la raison d'être de la règle de l'épuisement des recours internes n'a rien à voir avec la codification. Il pensait, au contraire, qu'elle était parfaitement en rapport avec la codification et, plus encore, avec le développement progressif du droit. Enfin, citant plusieurs auteurs et publications, il souligne que des personnalités éminentes se sont prononcées en faveur de l'exigence d'un lien volontaire. Il suggère donc au Rapporteur spécial de prendre cette question au sérieux. Même s'il a lui-même des doutes quant au bien-fondé de la notion de lien volontaire, il estime qu'elle mérite d'être dûment prise en compte.

8. M. DUGARD (Rapporteur spécial) demande à M. Brownlie comment il propose de le faire concrètement. Lui-même a émis plusieurs suggestions. Il peut y en avoir d'autres mais il serait très reconnaissant à M. Brownlie de dire à la Commission comment elle pourrait, à son avis, sortir de ce dilemme.

9. M. BROWNLIE dit qu'il accepte l'idée que la question est couverte en partie par le projet d'article 11. Il estime néanmoins que le lien volontaire devrait au moins être mentionné avec les exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. Il ne pense pas que la clause relative aux difficultés que pourrait entraîner pour la partie lésée l'exigence d'épuiser les recours internes soit suffisante. Il faudrait indiquer dans le commentaire que la question a été laissée de côté.

10. Le PRÉSIDENT demande si la Commission doit laisser la question de côté ou accepter la proposition du Rapporteur spécial d'en faire mention dans le commentaire des articles 10, 11 et 14, ce qui lui paraît approprié. D'autre part, il souhaiterait avoir des éclaircissements sur certains points relatifs aux dommages à l'environnement. Il aimerait savoir notamment si, en l'occurrence, c'est le lien volontaire avec l'État à l'origine de la pollution, ou, comme il le croit pour sa part, le lien avec les personnes lésées au-delà de cet État qui pose un problème.

11. M. BROWNLIE dit que, si les membres pensent que la question du lien volontaire est éminemment politique, il vaudrait mieux qu'elle soit traitée dans le cadre des exceptions à la règle de l'épuisement des recours internes. En tout état de cause, lorsqu'un aéronef étranger est abattu et que les victimes sont de plusieurs nationalités différentes, il importe de formuler certaines directives quant à l'application de cette règle.

12. M. DUGARD (Rapporteur spécial) se demande si l'on ne pourrait pas suivre la suggestion qui a été émise lors de discussions antérieures par M. Gaja, à savoir que l'État de nationalité de l'aéronef serait autorisé à demander réparation. Il pense en effet qu'il est très difficile, en pareil cas, d'insister pour que la règle soit strictement respectée.

13. M. BROWNLIE dit que son souci est précisément de veiller à ce que la formulation retenue soit claire quant au fait que les recours internes n'ont pas à être épuisés dans ce type de situation. Il constate simplement que le Rapporteur spécial refuse de prendre position sur le statut juridique de la notion de lien volontaire.

14. Le PRÉSIDENT demande s'il y a des exemples concrets de situations qui ne seraient pas réglées si l'on relègue au commentaire la notion de lien volontaire.

15. M. BROWNLIE n'est pas convaincu que la clause de difficulté, qui figure à juste titre dans le projet d'articles, règle entièrement la question du lien volontaire. Il serait paradoxal que, par exemple, des victimes se voient imposer l'obligation d'épuiser les recours internes parce qu'elles se seraient efficacement regroupées en association de requérants et se verraient de ce fait dénier l'application de la clause de difficulté. La Commission se doit d'examiner, au-delà de l'état constaté de la pratique des États, les politiques sous-jacentes afin de trouver une solution à ce problème, étant entendu qu'il est effectivement difficile de définir ce qu'est un lien volontaire suffisant.

16. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA se dit favorable aux conclusions du Rapporteur spécial.

17. M. Sreenivasa RAO fait remarquer que de nombreux éléments interviennent dans la distinction entre les situations de difficulté, où la règle de l'épuisement des recours internes peut ne pas s'appliquer, et d'autres situations, où la conduite de l'État « requérant » est guidée par d'autres considérations et où le critère de l'épuisement des recours internes n'a pas à jouer du tout. Même la distinction établie par le Président entre causalité et nationalité reste in-

suffisante, parce que, comme le montrent les situations de dommages transfrontières, nombreux sont les éléments qui interviennent dans la détermination des parts respectives de causalité, sinon de responsabilité, et soulèvent des problèmes qui n'ont pas encore été examinés. Il ne semble pas que ces problèmes puissent être relégués au commentaire d'un article sur l'épuisement des recours internes. M. Brownlie a raison de dire que la question du lien volontaire doit être traitée de manière plus approfondie et que, même en tant qu'exception à la règle de l'épuisement des recours internes, il ne s'agit pas d'une simple question de difficulté à engager les recours internes. Il conviendrait donc de laisser au Comité de rédaction le soin de trouver la solution la plus judicieuse.

18. M. TOMKA n'a pas d'objection quant aux conclusions du Rapporteur spécial mais, considérant les observations de M. Brownlie, il se demande s'il ne serait pas plus judicieux d'inclure dans le chapitre III du rapport de la Commission à l'Assemblée générale un questionnaire à adresser aux gouvernements sur ce sujet. Comme le Comité de rédaction ne se penchera probablement pas sur cette question avant la session suivante, la Commission pourra ainsi disposer des vues que les gouvernements auront formulées aussi bien à la Sixième Commission que dans leur réponse au questionnaire.

19. M. MANSFIELD dit qu'il se serait satisfait des conclusions du Rapporteur spécial, si le débat ne l'avait pas ramené à la préoccupation qu'il a déjà exprimée à propos des notions de justice et d'équité. À son avis, il n'est pas évident que le projet d'articles contienne une clause de difficulté. Étant donné l'écart considérable qui peut exister entre les coûts des procédures contentieuses dans différents pays, la notion de lien volontaire couvre un champ à la fois trop et pas assez vaste, en ce sens que la possibilité raisonnable de réparation efficace visée à l'article 14 *a* ne couvre pas réellement les situations où il est injuste et déraisonnable, pour des raisons de coût, d'exiger l'épuisement des recours internes.

20. M. KABATSI fait remarquer que la notion de lien volontaire fait son apparition, sous une forme ou une autre, dans les projets d'articles 10, 11 et 14. Il lui semble donc préférable d'en traiter dans le commentaire de chacun de ces articles. Lui consacrer une disposition en tant qu'exception à la règle de l'épuisement des recours internes risque de laisser certains problèmes non résolus.

21. M. GAJA distingue deux types de situation, celle où le lien est insuffisant, par exemple dans le cas de l'aéronef abattu accidentellement au-dessus d'un pays étranger, et celle de l'activité extraterritoriale ou du dommage transfrontière. Dans certains cas, les recours existent, et la solution du problème de savoir s'il faut ou non les épuiser ne devrait pas aller à l'encontre des dernières évolutions en matière de recours s'agissant des dommages transfrontières. Il vaudrait mieux établir un texte général qui ne pose pas le principe du lien volontaire, ni n'établit une exception claire et nette, mais soit formulé de manière à tenir compte, dans l'optique de l'exception ou de la condition préalable à l'application de la règle de l'épuisement des recours internes, des situations où il serait déraisonnable d'exiger d'une entité privée qu'elle engage un recours avant que l'État puisse exercer la protection diplomatique.

22. Mme ESCARAMEIA rappelle que, de son point de vue, le lien volontaire est une condition préalable de la règle de l'épuisement des recours internes, règle dont la fonction découle précisément du fait que l'intéressé tirait d'une manière ou d'une autre profit de l'activité considérée. Il n'y a aucune raison d'exiger d'une personne qui n'a aucun lien avec un État du fait duquel elle a subi un dommage de se lancer dans l'immense l'entreprise qui consiste à épuiser les voies de recours internes de cet État. Il aurait été préférable, comme l'avait suggéré le Rapporteur spécial, de reformuler l'article 10 mais, comme cette solution n'a pas été retenue par la Commission, il conviendrait de reformuler l'article 14 *a*, compte tenu de l'observation importante de M. Mansfield relative aux situations où les recours internes sont possibles mais où il serait injuste d'exiger qu'ils soient épuisés, et de conserver l'exception de l'article 14 *c*, assortie d'une définition du lien volontaire dans le commentaire correspondant.

23. M. KEMICHA se dit en accord avec les conclusions du Rapporteur spécial selon lesquelles certains aspects de la question du lien volontaire renvoient à d'autres dispositions du projet et d'autres ont leur place dans le commentaire.

24. M. SIMMA appuie la proposition de Mme Escarameia.

25. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que le problème posé par M. Mansfield peut être considéré comme étant couvert par l'alinéa *a* de l'article 14. Rien n'empêche toutefois le Comité de rédaction d'expliciter cela davantage. La Commission était auparavant très opposée à l'alinéa *c* de l'article 14 mais semble avoir changé d'avis moyennant une formulation qui ne reprendrait pas nécessairement les termes « lien volontaire ». La proposition de M. Tomka tendant à demander leurs vues aux gouvernements est également acceptable.

26. Le PRÉSIDENT propose de demander au Comité de rédaction d'introduire plus de souplesse dans la formulation de l'article 14 *a* compte tenu des observations formulées au cours du débat. Il propose également de renvoyer au Comité de rédaction le projet d'article 14 *c*, qui pourrait également être réaménagé. Les éléments du débat seraient également développés dans le commentaire et feraient l'objet d'un questionnaire adressé aux États, afin qu'à la session suivante de la Commission le Comité de rédaction dispose aussi des observations formulées par les gouvernements tant à la Sixième Commission que dans leur réponse au questionnaire.

27. M. CHEE appuie cette proposition, de même que M. DUGARD (Rapporteur spécial), qui ajoute que cette solution lui permettra de traiter dans le commentaire de la question du dommage transfrontière.

28. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considère que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

29. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission ne s'est pas encore prononcée sur le projet d'article 16.

30. M. BROWNLIE dit qu'après mûre réflexion il ne peut que confirmer les vues qu'il a exprimées la semaine précédente.

31. M. KAMTO dit que le projet d'article 16 n'ajoute rien par rapport aux dispositions relatives à l'épuisement des recours internes. La clause Calvo visait à l'origine à éviter qu'un investisseur fasse appel à son État pour que celui-ci intervienne de façon irrégulière. Le danger réside aujourd'hui plutôt, pour les États qui accueillent des investissements étrangers, dans la multiplication des clauses d'arbitrage international, qui, pour les investisseurs, sont un moyen plus sûr de protéger leurs intérêts que le recours à la protection diplomatique, tributaire des intérêts politiques de l'État de nationalité. Le recours direct à un mécanisme d'arbitrage est parfois prévu dans des contrats d'investissement ou dans des traités multilatéraux d'investissement, par exemple, au chapitre 11 de l'Accord de libre échange nord-américain (ALENA). Ces dernières dispositions ont donné lieu à une jurisprudence arbitrale importante, qui montre que la juridiction arbitrale tire prétexte du moindre indice de consentement de l'État, même dans sa loi nationale, pour s'imposer. Dans ce contexte, les missions historiques de la clause Calvo sont dépassées.

32. M. KEMICHA dit qu'il ne voit pas l'utilité du projet d'article 16 dans le contexte actuel, compte tenu notamment des pratiques existantes d'arbitrage international.

33. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO estime que la solution proposée par le Rapporteur spécial permet de faire état d'une pratique bien établie ayant donné lieu à une jurisprudence abondante et jouant un rôle important dans le droit latino-américain. Il se ralliera à la position pour laquelle la Commission optera, mais serait favorable à celle que défend le Rapporteur spécial dans la conclusion de son rapport.

34. Le PRÉSIDENT fait observer que le débat ne porte pas sur la pratique en question, mais sur la nécessité d'insérer ou non une disposition à ce propos dans le projet d'articles.

35. Mme XUE juge utile d'insérer le projet d'article 16, car, tout en étant consciente des évolutions historiques, elle considère qu'il s'agit d'une nécessité technique. La Commission n'a pas à s'occuper de la teneur des contrats d'investissement souscrits par les États, mais lorsque, dans la réalité, une renonciation à la protection diplomatique figure dans un contrat, chacune des parties doit savoir quel est son effet en droit international et dans quelle mesure l'étranger doit épuiser les recours internes, étant entendu qu'en cas de fait internationalement illicite l'État de nationalité pourrait intervenir. Cette clarification sera également utile aux arbitres devant statuer dans des cas précis.

36. M. BROWNLIE estime que la clause Calvo n'est pas un principe de droit international, mais simplement une technique contractuelle, sur laquelle la Commission n'a pas à se prononcer. Il fait observer que les partisans de cette clause ne devraient pas être favorables au projet d'article 16, qui n'appuie que faiblement cette pratique.

37. M. NIEHAUS estime que la codification de la clause Calvo est particulièrement importante pour les pays d'Amérique latine, puisqu'elle fait partie intégrante de la tradition juridique de la majorité des nations du continent américain. Il considère que le texte proposé permet de limiter la validité de la clause Calvo aux différends nés de contrats contenant la clause et de reconnaître que cette clause crée une présomption simple en faveur de l'épuisement des recours internes. D'autre part, le texte proposé établit une distinction claire entre le droit de l'étranger de renoncer à la protection diplomatique et le droit de l'État de nationalité d'exercer cette protection diplomatique au bénéfice d'une personne lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'État contractant ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité. M. Niehaus est donc favorable à l'insertion du projet d'article 16.

38. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en sa qualité de membre de la Commission, fait observer que jusqu'à présent les défenseurs du texte ont expliqué que celui-ci ne présentait pas d'inconvénient, mais n'ont pas indiqué en quoi il apportait un élément utile au projet.

39. M. DAOUDI, revenant tout d'abord sur le projet d'article 16, dit que celui-ci ne reflète pas tout à fait la clause Calvo, qui interdit à l'étranger de solliciter la protection diplomatique en toute circonstance, et qu'il n'est en fait qu'une variante de la règle de l'épuisement des recours internes. S'agissant des clauses de recours direct à l'arbitrage international, elles ne sont pas généralisées et ne concernent que certaines régions du monde et certains traités, et c'est pourquoi les dispositions de l'article 16 restent importantes. M. Daoudi dit qu'il ne connaît pas de loi nationale sur l'investissement dans laquelle figure une acceptation automatique de l'arbitrage. Tous les États considèrent en effet que leur droit demeure applicable et leurs juridictions restent compétentes pour connaître des différends nés d'un contrat d'investissement. L'insertion dans un contrat d'une clause contraire à ce principe reflétera alors le poids de l'investisseur dans les négociations. Mais, même en cas de recours à l'arbitrage, le problème de l'épuisement des recours internes subsiste en raison de l'exequatur qui devra être demandé au pays hôte.

40. M. SIMMA fait observer que, dans le texte proposé, seul le paragraphe 2 a un caractère normatif, alors que le paragraphe 1 fait simplement état d'une pratique existant dans une certaine région du monde. Il s'interroge sur les effets dans la pratique de ce paragraphe. En effet, si le gouvernement de l'État de nationalité de l'étranger lésé intervient sans tenir compte de la renonciation acceptée par celui-ci, quelles en seront les conséquences ? L'argument de la « mauvaise foi » ou des « mains sales » peut-il alors être invoqué ? La rédaction du paragraphe 1 de l'article 16 n'est pas, de ce point de vue, satisfaisante.

41. M. DUGARD (Rapporteur spécial) explique qu'il a conçu le paragraphe 2 comme une disposition normative découlant logiquement du paragraphe 1. Il est apparu que certains membres étaient favorables au paragraphe 1 et hostiles au paragraphe 2, alors que d'autres étaient favorables aux deux paragraphes. M. Dugard appelle les nouveaux membres à s'exprimer pour faire connaître leur position.

42. M. GALICKI estime qu'il faut comparer le texte de l'article 16 proposé avec la lettre et l'esprit des articles sur lesquels un accord provisoire s'est déjà dégagé. Il est opposé à l'emploi de l'expression « droit de l'étranger d'invoquer la protection diplomatique », dans la mesure où la Commission a déjà décidé que le droit d'exercer la protection diplomatique s'attachait exclusivement à l'État. Cette

expression traduit le recours à un nouveau concept, qu'il conviendrait alors d'expliciter. À son avis, la question de la clause Calvo ne relève pas du domaine de la protection diplomatique, qui, d'après les travaux de la Commission, ne peut s'exercer qu'en cas de fait internationalement illicite. Étant une technique contractuelle et non une règle de droit, la clause Calvo n'a pas sa place dans le projet d'articles. Toutefois, dans un esprit de compromis, M. Galicki accepterait que soient retenus certains éléments du projet d'article 16, avec de légères modifications. On pourrait ainsi reprendre la deuxième phrase du paragraphe 1. Le projet se lirait alors comme suit : « Les stipulations d'un contrat conclu entre un étranger et l'État dans lequel il exerce ses activités n'affectent en rien le droit de l'État de nationalité de l'étranger d'exercer sa protection diplomatique au bénéfice de cette personne lorsque celle-ci est lésée par un fait internationalement illicite attribuable à l'État contractant », et on pourrait y ajouter le dernier membre de phrase, « ou lorsque le préjudice qu'elle a subi concerne directement son État de nationalité », quoique la notion qu'exprime le terme « directement » dans ce contexte soit peu claire. Une telle formulation confirmerait les vues exprimées par la Commission sur la protection diplomatique tout en établissant un lien avec des dispositions contractuelles qui peuvent exister dans certaines régions. Si une telle solution de compromis n'est pas jugée utile ou souhaitable, M. Galicki se prononcera contre l'adoption du projet d'article 16 en l'état.

43. M. KAMTO pense que la clause Calvo, aussi intéressante soit-elle, n'offre pas matière à codification dans le cadre des travaux de la Commission. De plus, à supposer que la Commission entreprenne de traiter de stipulations contractuelles impliquant des personnes privées, pourquoi s'arrêterait-elle à la clause Calvo ? Or, elle n'a pas vocation à se prononcer sur l'engagement qu'une clause contractuelle fait naître pour un État.

44. Mme ESCARAMEIA fait observer que l'article 16 ne porte pas réellement sur la clause Calvo et qu'il n'est qu'un exemple de l'application, dans le cadre d'un contrat, de la règle de l'épuisement des recours internes. Il se trouve que l'article 10 pose déjà cette règle. Il serait peut-être plus judicieux, dans ces conditions, d'incorporer dans ce dernier l'idée contenue au paragraphe 1 de l'article 16, et aussi le paragraphe 2, en précisant le type de stipulations contractuelles visées. Quant à l'idée-force de la clause Calvo, elle pourrait être exposée dans le commentaire de l'article 10.

45. M. SIMMA relève que la seconde phrase du paragraphe 1 de l'article 16 manque de logique. En effet, si, dans la première partie de cette phrase, la protection diplomatique est définie comme étant le droit de l'État de nationalité de l'étranger lésé par un fait internationalement illicite d'exercer la protection diplomatique en sa faveur, comment parler ensuite, dans la seconde partie, de droit à l'exercice par ce même État de la protection diplomatique dans le cas où le préjudice subi par son national le concerne directement – cas où ce droit existe de toute manière ? C'est là une raison de plus pour abandonner l'article 16.

46. M. MOMTAZ, maintenant la position qu'il a exposée à la séance précédente, se demande s'il faut vraiment préciser qu'il existe une présomption en faveur de l'épuisement des recours internes, alors qu'il s'agit là d'une règle de droit international coutumier bien établie, à laquelle d'ailleurs se réfère l'article 10.

47. Le PRÉSIDENT, constatant qu'une majorité se dégage clairement contre le maintien de l'article 16, se demande s'il ne serait pas possible, à titre de compromis, d'admettre qu'un article distinct sur la clause Calvo, sans être totalement rejeté, ne recueille pas un large appui. L'idée contenue au paragraphe 1 de l'article 16 serait reprise dans le commentaire, soit de l'article 10, soit de l'article 14.

48. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait observer respectueusement que cette suggestion n'est pas acceptable pour des raisons de procédure. Il apparaît à l'évidence que les positions au sein de la Commission n'ont pas varié, mais la Commission n'en demeure pas moins tenue de se prononcer. Un vote indicatif serait donc le bienvenu.

49. M. KABATSI pense, comme le Rapporteur spécial, que le clivage au sein de la Commission subsiste, mais il ne croit pas qu'un vote indicatif apporterait quelque indication que ce soit.

50. M. DAOUDI croit lui aussi qu'un vote n'éclairera en rien la situation. S'agira-t-il de se prononcer sur l'article 16 avec les propositions de modifications présentées, ou sur l'article 16 tel que soumis par le Rapporteur spécial ? Dans ce dernier cas, un vote indicatif ne donnera aucune indication, car les positions demeurent tranchées. M. Daoudi propose en conséquence que le Rapporteur spécial présente à la Commission, pour examen avant décision finale, une nouvelle version de l'article.

51. Le PRÉSIDENT rappelle que la Commission est appelée dans l'immédiat à prendre une décision non pas sur la formulation même de l'article 16, mais sur son renvoi ou non au Comité de rédaction.

52. M. TOMKA se demande si le paragraphe 1 de l'article 16, qui prévoit que nulle disposition contractuelle figurant dans un contrat de droit privé conclu entre une personne et un État n'a d'effet sur le droit indépendant que le droit international public reconnaît à l'État d'exercer sa protection diplomatique, se justifie dans le présent contexte. Cette question relève peut-être de la renonciation au droit à l'exercice de la protection diplomatique. Quant au paragraphe 2 de l'article 16, il est inutile dans la mesure où il ne fait que réaffirmer une règle de droit coutumier clairement établie.

53. M. MANSFIELD ne voit pas en quoi un vote indicatif apporterait quelque lumière que ce soit. Il propose que la question soit examinée plus avant.

54. Le PRÉSIDENT constate, à l'issue d'un vote indicatif, que la Commission n'est pas favorable au renvoi de l'article 16 au Comité de rédaction, étant entendu que, par souci de compromis, sa teneur sera incorporée dans le commentaire.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 55.

2730e SÉANCE

Mercredi 5 juin 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3], A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction), présentant le rapport du Comité sur la protection diplomatique (A/CN.4/L.613)[*], dit que le Comité de rédaction a consacré 11 séances au sujet, du 30 avril au 16 mai 2002. Il remercie le Rapporteur spécial pour ses conseils, sa coopération et la bonne volonté qu'il a mise à offrir des solutions de remplacement, ce qui a grandement facilité la tâche du Comité. Il adresse par ailleurs ses félicitations aux membres du Comité pour leur participation active et leur précieuse contribution aux travaux et reconnaît le soutien inestimable reçu du Secrétariat et des interprètes.

2. En présentant son troisième rapport (A/CN.4/523 et Add.1), le Rapporteur spécial a annoncé qu'il ferait tout pour aider la Commission à achever ses travaux sur le sujet avant la fin de son mandat. Le Comité de rédaction a accueilli avec satisfaction cet engagement louable et tenté d'examiner autant d'articles que possible à la session en cours afin de réaliser cet objectif.

3. Comme il reste au Rapporteur spécial à élaborer des projets d'article sur la protection diplomatique des personnes morales, le Comité a décidé de structurer les projets d'article, du moins pour l'instant, en trois parties. La première contiendra des dispositions générales applicables à la protection diplomatique des personnes tant physiques que morales, la deuxième des dispositions traitant des personnes physiques, tandis que la troisième pourrait contenir des dispositions sur les personnes morales. Les sept projets d'article produits par le Comité de rédaction à la présente session relèvent des première et deuxième parties.

4. Le premier projet d'article de la première partie remplit une double fonction. Il définit la protection diplomatique et décrit le champ d'application des articles. Il tient compte des observations formulées en plénière à la cinquante-deuxième session de la Commission, ainsi que des recommandations faites à la suite de consultations officieuses à cette même session. La Commission est tombée généralement d'accord sur un certain nombre de points : les projets d'article consacrés au sujet ne devraient pas traiter de ce qu'il est convenu d'appeler les règles « primaires »; le sujet ne devrait pas porter sur la protection fonctionnelle des organisations internationales ni la protection des diplomates, des consuls et autres agents de l'État agissant en leur qualité officielle; le sujet ne devrait pas viser la promotion de l'intérêt d'un national si aucun droit n'est revendiqué; le projet d'articles devrait souligner que la protection diplomatique doit s'exercer par des moyens pacifiques.

5. Le paragraphe 1 du projet d'article premier incorpore ces idées. Il prévoit que la protection diplomatique consiste dans le recours à une action diplomatique ou à d'autres moyens de règlement pacifique par un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux à raison d'un préjudice subi par ce dernier découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État. La protection diplomatique s'entend au sens large : elle recouvre « l'action diplomatique » ou « d'autres moyens de règlement pacifique ». L'action diplomatique vise les mesures prises au niveau des relations intergouvernementales et embrasse un large éventail de procédures diplomatiques par lesquelles les gouvernements négocient, se contactent et s'informent les uns les autres de leurs points de vue et préoccupations. L'expression « autres moyens de règlement pacifique » couvre tous les modes de règlement des différends, de la négociation à la conciliation en passant par le règlement judiciaire des différends. L'intention n'est pas de limiter les modes de règlement pacifique des différends et la disposition laisse le soin aux parties de décider des moyens les plus appropriés de régler leur différend. L'accent est mis sur les moyens de règlement licites. Les mots « ou à d'autres moyens de règlement pacifique » sont censés qualifier les mots « action diplomatique » en indiquant que les actions diplomatiques ne peuvent être que de caractère pacifique.

6. Le membre de phrase « un État qui prend fait et cause, en son nom propre, pour l'un de ses nationaux » est censé étayer l'idée que, dans l'exercice de la protection diplomatique, un État fait valoir son propre intérêt juridique. Le Comité est d'avis que, en exerçant sa protection diplomatique, un État reprend à son compte la revendication de son ressortissant et prend fait et cause pour lui. Le préjudice n'a pas été causé uniquement au ressortissant, il l'a été aussi à l'État. S'agissant du libellé, le Comité a été guidé par la terminologie employée par la CIJ dans l'arrêt *Interhandel*. Se référant à l'épuisement des recours internes, la Cour a déclaré que la règle « a été généralement observée dans les cas où un État prend fait et cause pour

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[*] Distribué ultérieurement sous la cote A/CN.4/L.613/Rev.1 (voir 2732e séance).

son ressortissant dont les droits auraient été lésés dans un autre État en violation du droit international » [arrêt, p. 27]. Les mots « découlant d'un fait internationalement illicite d'un autre État » mettent l'accent sur deux points. Premièrement, l'intérêt juridique d'un État à exercer sa protection diplomatique découle d'un préjudice causé à l'un de ses ressortissants. Deuxièmement, ce préjudice est causé par un fait illicite d'un autre État.

7. Ce paragraphe vise la protection diplomatique exercée à l'égard d'un « national ». L'emploi de ce mot laisse ouverte la question de savoir si le national est une personne « physique » ou « morale ». Il souligne aussi que la nationalité est le lien le plus fréquent, entre un individu et un État, qui crée un intérêt juridique pour cet État. Qui plus est, le lien de nationalité établit un *locus standi* pour un État. Si la nationalité représente l'intérêt juridique le plus courant d'un État à exercer la protection diplomatique, il n'est pas le seul. Un État peut avoir des intérêts juridiques créés par des moyens autres que la nationalité. Il s'agit d'exceptions visées au paragraphe 2 du projet d'article premier dans lequel il est reconnu que, dans des circonstances exceptionnelles, un État a le droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de personnes qui ne sont pas ses ressortissants.

8. Le Rapporteur spécial avait soulevé la question de la protection diplomatique des apatrides et des réfugiés et proposé un projet d'article à ce sujet, anciennement projet d'article 8, renuméroté 7. Selon plusieurs membres de la Commission, certaines autorités soutiennent aussi le droit d'un État à exercer sa protection diplomatique à l'endroit de non-nationaux dans d'autres circonstances. L'exemple a été cité de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef qui présente une réclamation au nom de l'équipage, voire aussi des passagers, indépendamment de la nationalité des intéressés. Il a été fait référence à l'*Affaire du navire « Saiga »* à ce propos, ainsi qu'à une autre exception possible s'agissant des agents des forces armées qui ne sont pas ressortissants de l'État. Plusieurs membres du Comité estiment que le libellé de ce paragraphe ne devrait pas exclure ces exceptions et auraient préféré un texte qui permette des exceptions sans renvoyer à un article particulier. D'autres membres étaient préoccupés par le fait qu'un texte ouvert en matière d'exceptions pouvait être trompeur s'il n'était pas étayé par des projets d'article spécifiques indiquant précisément quelles étaient ces exceptions, et préféraient qu'il soit fait spécifiquement référence aux articles traitant des exceptions. Finalement, le Comité a convenu de suivre cette voie, étant entendu que le paragraphe 2 aurait peut-être à être revu si d'autres exceptions étaient prévues. Une note de bas de page se rapportant à ce paragraphe en fait état. Le commentaire sur ce projet d'article expliquera aussi que d'autres exceptions peuvent être prévues. Le projet d'article premier s'intitule « Champ d'application ».

9. Pour ce qui est du projet d'article 2, anciennement 3, le Comité de rédaction a centré ses débats sur le texte issu des consultations officieuses tenues à la cinquante-deuxième session de la Commission. Le Rapporteur spécial a proposé le projet d'article 2 pour donner effet au principe de Vattel, tel qu'il a été confirmé dans l'affaire des *Concessions Mavrommatis en Palestine*, selon lequel le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État et non au national qui a subi le préjudice. Le Comité a examiné plusieurs options, ayant notamment le choix entre dire que l'État de nationalité « a le droit » ou « est en droit » d'exercer la protection diplomatique. Comme le but du projet d'article est de donner effet à la règle qui veut que l'exercice de la protection diplomatique constitue un droit de l'État, le Comité a préféré souligner cette idée, qui est aussi compatible avec le libellé employé dans l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire *Mavrommatis*. Les termes « est en droit » ont davantage leur place dans le projet d'article 3 sur l'État de la nationalité. Le Comité a aussi envisagé de supprimer purement et simplement le projet d'article 2 et de traiter de la question dans le commentaire relatif au projet d'article premier ou encore de le fondre avec le projet d'article premier, peut-être dans un paragraphe supplémentaire. Finalement, il a décidé de conserver le projet d'article 2 à part attendu qu'il énonce un principe important.

10. Le Comité de rédaction a examiné plusieurs libellés possibles pour le projet d'article 2 afin de souligner le fait que la protection diplomatique est un droit et non un devoir de l'État. Les versions envisagées étaient les suivantes : « L'exercice de la protection diplomatique est un droit de l'État de la nationalité d'une personne lésée par le fait internationalement illicite d'un autre État »; « Un État de nationalité a le droit d'exercer la protection diplomatique, conformément aux présents articles, au nom d'un de ses nationaux lésé par le fait internationalement illicite d'un autre État »; ou plus simplement encore « Un État a le droit d'exercer la protection diplomatique dans les conditions prévues dans les présents articles ». Le Comité, réflexion faite, a préféré la dernière de ces trois versions, le membre de phrase final étant remplacé par « conformément aux présents articles », terminologie employée dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[4]. Il a estimé que le projet d'article premier remplaçait largement les deux premières formulations. La troisième variante avait l'avantage de bien préciser que le droit d'exercer la protection diplomatique était soumis aux autres articles du projet. Le projet d'article omet toute référence au national, déjà visé dans le projet d'article premier et les suivants, puisqu'il cherche à insister sur le fait que la protection diplomatique est un droit de l'État.

11. Plusieurs membres du Comité de rédaction préféraient insister sur le principe de la nationalité, principe majeur en matière de protection diplomatique. Cependant, le Comité a adopté le projet d'article 2 étant entendu que son objet était non pas d'omettre la nationalité en tant que condition préalable, mais plutôt d'insister sur le droit de l'État. Il revient au projet d'article 3 de faire de la nationalité une condition essentielle de l'exercice de la protection diplomatique, sous réserve des exceptions et des conditions visées dans les projets d'article suivants.

12. Enfin, le Comité a décidé d'intituler le projet d'article 2 « Droit d'exercer la protection diplomatique ».

13. Comme on l'a déjà fait observer, la deuxième partie traite des personnes physiques. Le premier projet d'article est le projet d'article 3, fondé sur l'ancien projet d'article 5, et s'intitule « État de la nationalité ». Il met en lumière

[4] Voir 2712e séance, note 13.

le principe énoncé dans le projet d'article 2 et identifie l'État qui a le droit d'exercer la protection diplomatique à l'endroit des personnes physiques, à savoir l'État de nationalité. Il se compose de deux paragraphes.

14. Le paragraphe 1 énonce le principe de base selon lequel un État de nationalité est en droit d'exercer la protection diplomatique. Le Comité de rédaction a examiné différentes façons de rédiger ce paragraphe, dans l'idée de souligner que le droit d'exercer la protection diplomatique des personnes physiques appartenait à l'État de nationalité et que ce droit était discrétionnaire. Il a examiné diverses options, telles que « Le droit d'exercer la protection diplomatique appartient à l'État de nationalité » et « Un État de nationalité est en droit d'exercer la protection diplomatique ». Des préoccupations se sont fait jour à propos de l'une et de l'autre de ces propositions. Certains membres pensaient que la formule « appartient à l'État de nationalité » était trop rigide pour permettre des exceptions. D'autres estimaient qu'une référence au droit de l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique ne soulignait pas assez la position particulière et des plus importante de l'État de nationalité dans l'exercice de la protection diplomatique. Le Comité a finalement convenu de la version dont la Commission est actuellement saisie, libellée comme suit : « L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de nationalité ». Ce paragraphe n'affecte naturellement en rien le fait que l'exercice de la protection diplomatique est un pouvoir discrétionnaire de l'État.

15. Le paragraphe 2 s'inspire du projet initial du Rapporteur spécial et traite de la nationalité des personnes physiques. Il définit l'État de nationalité aux fins de la protection diplomatique des personnes physiques. Il ne cherche pas à dresser le recensement exhaustif des règles de droit international concernant la nationalité : il souligne plutôt les facteurs de connexion les plus importants aux fins de l'exercice de la protection diplomatique. Plusieurs points importants appellent l'attention.

16. Premièrement, ce projet d'article ne reprend pas la condition du lien effectif énoncé par la CIJ dans l'affaire *Nottebohm*. Il n'exige pas la preuve du lien effectif aux fins de la protection diplomatique. De l'avis du Comité de rédaction, la preuve de la nationalité est suffisante. Exiger un lien véritable ou effectif reviendrait à ajouter une condition supplémentaire qui ne s'impose pas dans le contexte du projet d'article. Le seul cas où la question du lien effectif pourrait être envisagée est celui de la double nationalité où la protection diplomatique s'exerce contre un autre État de nationalité, question traitée dans un projet d'article distinct. Cette approche va aussi dans le sens de la politique généralement admise de protection des droits de l'homme, à savoir qu'il faudrait offrir aux individus dont les droits de l'homme ont été violés davantage de possibilités de recours. Elle va aussi dans le sens de la politique générale de l'ordre public international tendant à ne pas permettre aux États qui commettent des faits internationalement illicites de se soustraire à toute responsabilité.

17. Deuxièmement, ce paragraphe reconnaît le droit d'un État de réglementer les conditions d'acquisition de sa nationalité. Les termes « l'État dont l'individu objet de la protection a acquis la nationalité » s'entend de la nationalité acquise conformément au droit interne de cet État.

18. Troisièmement, ce paragraphe prévoit une liste non exhaustive de modes habituels d'acquisition de la nationalité, dont la naissance (*jus soli*), l'ascendance (*jus sanguinis*), la succession d'État ou encore la naturalisation. Le Comité de rédaction n'a pas employé d'expressions latines car leur traduction dans certaines des langues officielles de l'Organisation poserait des difficultés. Le commentaire relatif à ce projet d'article précisera bien néanmoins que la nationalité par la naissance et l'ascendance vise ce qu'il est convenu d'appeler en droit international coutumier le *jus soli* et le *jus sanguinis*. Les mots « ou de toute autre manière » soulignent le caractère non exhaustif de la liste. Le Comité a reconnu que, dans certaines régions du monde, il demeure difficile à des personnes physiques d'apporter la preuve de leur nationalité. Parfois, le simple fait qu'un individu réside dans un État donné est la preuve suffisante qu'il possède la nationalité de cet État. En conséquence, si la « résidence » ne constitue pas une base suffisante pour l'octroi de la nationalité, elle peut malgré tout prouver la nationalité. Des précisions seront données dans le commentaire.

19. Quatrièmement, le Comité de rédaction a jugé inutile de qualifier le mot « naturalisation » de l'épithète de bonne foi suggérée par le Rapporteur spécial. Tant que la naturalisation est acquise légalement, en conformité avec le droit interne de l'État, elle devrait être reconnue.

20. Cinquièmement, le droit de l'État de réglementer l'acquisition de la nationalité n'est pas absolu : il est qualifié par le membre de phrase « non contraire au droit international ». Ce membre de phrase vise à prévenir les abus et éviter les situations où la nationalité est accordée dans le but précis de passer outre à l'intérêt d'un autre État. Il s'applique à tous les modes d'octroi de la nationalité. Les raisons pour lesquelles le Comité l'a formulé par une double négation tiennent à ce que l'octroi de la nationalité relève en principe de la compétence de l'État; là encore, les questions traitées dans ce paragraphe ne sont pas celles sur lesquelles il existe des règles de droit international claires, mais, dans la mesure où il existe des règles de droit international applicables, le droit interne ne devrait pas leur être contraire; ce membre de phrase transfère aussi le fardeau de la preuve sur quiconque conteste l'octroi de la nationalité. Le Comité de rédaction a pensé qu'une double négation serait le meilleur moyen de traduire ces idées.

21. Le projet d'article 4, intitulé « Maintien de la nationalité », repose sur le projet d'article 9 proposé par le Rapporteur spécial. À la session précédente, la Commission a eu un long échange de vues sur l'exigence de continuité de la nationalité, au cours duquel des idées divergentes se sont exprimées. Tandis qu'un bon nombre de membres étaient partisans de conserver cette exigence, d'autres avaient du mal à en approuver le maintien. Finalement, il a été convenu que cette exigence devrait être conservée, assortie d'exceptions. Le Comité a aussi travaillé sur la base des résultats d'une consultation officieuse qui avait eu lieu l'année précédente. Comme en plénière, les vues au Comité de rédaction étaient partagées. Certains membres pensaient que l'exigence du maintien de la nationalité était bien établie dans la pratique et devrait être conservée.

Pour d'autres, cette logique n'était plus défendable parce que seul un État qui avait commis un fait internationalement illicite avait tout à gagner à continuer à ne rendre aucun compte de ses actes. De ce fait, plusieurs membres qui avaient des objections au libellé du paragraphe 2 ont réservé leur position sur ce projet d'article.

22. En termes de structure, le paragraphe 1 fait valoir la position traditionnelle, à savoir que, pour qu'un État exerce la protection diplomatique, la personne lésée doit être un national de cet État tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date de la présentation de la réclamation. Le paragraphe 2 traite des exceptions, tandis que le paragraphe 3 limite la portée de ces exceptions.

23. S'agissant de la règle du maintien de la nationalité, les décisions judiciaires mettent l'accent sur deux dates clefs : celle où le dommage survient et celle où la réclamation est officiellement déposée. La pratique des États n'est pas claire en matière d'exigence de nationalité entre ces deux dates. Le Comité de rédaction a décidé d'opter pour une ambiguïté constructive qui reflète la pratique des États au paragraphe 1, où le libellé laisse ouvertes un certain nombre de possibilités qui devront être abordées dans le commentaire. Les références au paragraphe 1 au « moment où le dommage a été causé » et à la « date à laquelle la réclamation est officiellement présentée » sont censées fournir des dates plus précises et identifiables auxquelles une personne devrait être un national de l'État qui exerce sa protection diplomatique. Si un fait illicite coïncide normalement avec le dommage, tel n'est pas toujours le cas. Il est plus facile de repérer la date à laquelle le dommage est causé à la personne. Les mots « la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée » renvoient à la date à laquelle l'État qui exerce la protection diplomatique effectue la démarche officielle, par opposition aux contacts diplomatiques pris officieusement à ce sujet.

24. Le terme « réclamation » s'entend de la réclamation formulée par l'État qui exerce la protection diplomatique. Il est censé renvoyer non seulement à la réclamation qui peut être soumise à un organe judiciaire, mais aussi à toute notice officielle. Le Comité de rédaction a décidé de ne pas entrer dans la question de savoir comment notification de la réclamation peut être donnée, traitée à l'article 43 du projet sur la responsabilité des États. Il existe différents moyens de le faire et la question devrait être évoquée non pas dans le projet d'article mais dans le commentaire. Le Comité pense que les mots « est en droit » devraient être employés lorsqu'une règle est en jeu et le mot « peut » lorsqu'il s'agit d'exceptions à une règle. Ces considérations s'appliquent à l'emploi de ces termes tout au long des projets d'article.

25. Le paragraphe 2 concerne des exceptions à l'exigence de maintien de la nationalité qui permettent à l'État d'exercer la protection diplomatique à l'endroit d'une personne qui est l'un de ses nationaux à la date de la présentation officielle de la réclamation, mais ne l'était pas au moment où elle a subi le dommage. Il énonce trois conditions cumulatives pour que l'exception puisse jouer : premièrement, la personne qui sollicite la protection diplomatique doit avoir perdu son ancienne nationalité; deuxièmement, elle doit avoir acquis la nationalité d'un autre État pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation; et troisièmement, la nouvelle nationalité doit avoir été acquise d'une manière non contraire au droit international.

26. La première condition, la perte de l'ancienne nationalité, peut être volontaire ou involontaire. La nationalité peut se perdre, par exemple, suite à une succession d'État, par mariage ou encore par adoption. Il est parfois difficile, en cas de mariage par exemple, de déterminer si la perte de la nationalité est volontaire ou involontaire. Le Comité de rédaction était donc d'avis que le fait que la personne ait perdu sa nationalité suffisait et qu'il n'était pas nécessaire non plus de prouver que la perte de nationalité était involontaire.

27. La deuxième condition, à savoir que la nouvelle nationalité aurait dû être acquise pour une raison sans rapport avec la présentation de la réclamation, vise à empêcher la course au « mieux-disant judiciaire » et insiste sur l'acquisition de bonne foi. Elle tend à exclure les cas où une nouvelle nationalité a été acquise uniquement aux fins de profiter de la protection diplomatique. La terminologie employée est censée recouvrir les cas difficiles, par exemple quand une personne acquiert automatiquement une nouvelle nationalité par mariage, quand la nationalité de l'un des conjoints est imposée à l'autre, quand une personne est adoptée par un national d'un autre État et acquiert automatiquement la nationalité du parent adoptif ou encore quand, suite à une succession d'État, une personne doit opter pour la nationalité de l'un des États successeurs. La disposition n'est pas limitée aux cas mentionnés : elle est plus vaste et peut viser d'autres naturalisations de bonne foi qui n'ont pas été obtenues uniquement aux fins de la protection diplomatique.

28. Le Comité de rédaction était profondément divisé sur la question de savoir s'il fallait exiger que l'acquisition d'une nouvelle nationalité se fasse « pour des raisons sans rapport avec le dépôt de la réclamation ». Certains membres ont avancé une objection à cette exigence pour des raisons à la fois de principe et parce que le critère retenu n'était pas très utile. En ce qui concerne le principe, ils faisaient observer que plusieurs sources qui faisaient autorité critiquaient l'exigence de la continuité de nationalité. Ils faisaient valoir qu'il pouvait arriver qu'une personne soit lésée suite au fait internationalement illicite d'un État tiers, perde sa nationalité et en acquiert une nouvelle par des moyens légitimes. En pareil cas, le nouvel État de nationalité avait un intérêt juridique à protéger l'individu à condition que l'acquisition de la nouvelle nationalité soit compatible avec le droit international. De l'avis de ces membres, il n'y avait pas de raison de se préoccuper d'une course au « mieux-disant judiciaire » pour autant que l'acquisition de la nouvelle nationalité ne fût pas contraire au droit international. Toute exigence qui rejette l'exercice de la protection diplomatique en pareil cas ne fait que profiter à l'État auteur du fait illicite. Étant donné que le paragraphe 3 protège l'ancien État de nationalité en excluant l'exercice de la protection diplomatique contre lui, ils ne voyaient aucune raison rationnelle d'ajouter une nouvelle exigence liée à l'intention de l'individu qui acquiert la nouvelle nationalité. Ils estimaient aussi que la condition « pour des raisons sans rapport avec le dépôt de la réclamation » était trop subjective et très difficile à vérifier dans la pratique. Ils ont réservé leur position à son égard. L'explication que le Président du Comité de rédaction a donnée des mots « d'une manière non contraire au

droit international » au paragraphe 2 du projet d'article 3 s'applique à l'emploi de ces mêmes mots au paragraphe 2 du projet d'article 4.

29. Le paragraphe 3 fixe une limite aux exceptions du paragraphe 2. Il protège l'ancien État de nationalité contre l'exercice de la protection diplomatique par le nouvel État de nationalité dans les cas où le dommage est survenu au moment où la personne était un national de l'ancien État et non du nouvel État de nationalité. Ce sont des cas de nationalité successive et non des cas de double nationalité qui sont envisagés. Cette disposition constitue une garantie contre tout usage abusif des exceptions prévues au paragraphe 2.

30. Le projet d'article 5, qui s'inspire du projet d'article 7 proposé par le Rapporteur spécial, traite de l'exercice de la protection diplomatique dans les cas de double ou multiple nationalité. La portée de l'article est limitée à l'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité contre un État tiers dont la personne envers qui la protection diplomatique s'exerce n'est pas un ressortissant. L'exercice de la protection diplomatique par un État de nationalité contre un autre État de nationalité fera l'objet d'un article à part.

31. Le paragraphe 1 du projet d'article 5 soutient le principe énoncé dans le projet d'article 3, à savoir qu'un État de nationalité a le droit d'exercer sa protection diplomatique à l'égard de ses ressortissants. Il n'exige aucun lien véritable ou effectif entre le national et l'État qui exerce la protection diplomatique.

32. Le paragraphe 2 traite de la possibilité d'un exercice conjoint de la protection diplomatique par deux ou plusieurs États de nationalité contre un État tiers. Le Comité de rédaction a estimé que ce paragraphe suffisait pour énoncer le principe général, mais que le commentaire devrait développer la question de façon à éviter la possibilité d'abus lorsque les deux État de nationalité exercent la protection diplomatique simultanément par des voies différentes. Il ne faudrait pas en effet imposer un fardeau excessif à l'État mis en cause en exigeant qu'il se défende dans différentes instances au sujet de la même réclamation. Le commentaire devrait aussi bien préciser que ce paragraphe n'est pas censé permettre à un État de nationalité d'exercer la protection diplomatique lorsque le problème a déjà été réglé par l'exercice de la protection diplomatique par un autre État de nationalité. Le commentaire devrait aussi envisager les cas où un État de nationalité renonce à son droit à la protection diplomatique, tandis que l'autre État de nationalité maintient sa réclamation. Il devrait indiquer qu'il s'agit de questions étroitement liées au contexte dans lequel elles surviennent et qu'elles devraient être appréciées au cas par cas, à la lumière des faits en jeu dans chaque cas. Le projet d'article 5 s'intitule « Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers ».

33. Le projet d'article 6 traite de la question de savoir si une personne ayant la double nationalité ou plusieurs nationalités peut être protégée par un État de nationalité contre un autre État de nationalité. Sur le plan de la structure, le Comité de rédaction a accepté la proposition faite en plénière que le projet d'article 6 devrait se situer après l'ancien projet d'article 7, devenu le projet d'article 5, sur la situation générale de la protection diplomatique des personnes ayant une double ou multiple nationalité. Au cours du débat qui a eu lieu à la cinquante-deuxième session de la Commission, la majorité de ses membres ont rejeté le point de vue traditionnel, repris dans la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité, tendant à ne pas autoriser un État de nationalité à exercer la protection diplomatique en faveur d'un de ses ressortissants contre un autre État de nationalité. La vue qui primait à l'époque était que le projet d'article 6, proposé par le Rapporteur spécial, reflétait les tendances actuelles du droit international. Le Comité de rédaction a travaillé sur le texte de ce projet d'article en se fondant sur cette façon d'appréhender les choses.

34. Le paragraphe 1 tient ses origines du texte proposé suite aux consultations officieuses de la Commission à sa cinquante-deuxième session[5], ainsi que des propositions de sauvegarde contre les abus suggérées par ces consultations. Le Comité de rédaction a décidé de ne pas chercher à définir la nationalité « dominante » ou « effective », qui serait très difficile à établir vu le large éventail de facteurs qui entrent en jeu. Différents tribunaux, comme le Tribunal du contentieux entre les États-Unis et l'Iran, ont recouru à des considérations différentes. Il a été décidé d'évoquer certains de ces facteurs dans le commentaire.

35. Le Comité s'est alors axé sur la question de savoir si le critère à retenir devait être celui de la nationalité « dominante » ou « effective ». Il a passé en revue les arguments avancés à l'appui de ces deux critères. Il a été dit qu'un individu pouvait avoir deux nationalités dont toutes deux étaient « effectives », mais une seule « prédominante ». On a estimé que, ce qu'il fallait, c'était un terme qui traduise un fort élément de relativité, indiquant que l'individu a des liens plus forts avec un État plutôt qu'avec l'autre. On a jugé trop fort le terme « dominante ». Si cet adjectif peut valoir dans des cas de double nationalité, il convient moins dans d'autres, par exemple en cas de nationalité multiple.

36. Le Comité de rédaction a examiné d'autres formules telles que « plus effective », ainsi que la référence traditionnelle au lieu de l'exercice des droits civils et politiques. Mais cela n'a pas été jugé suffisant. Il a été aussi proposé d'employer les mots « lien authentique », mais ils n'ont pas obtenu l'appui majoritaire des membres du Comité. Après mûre réflexion, le Comité a convenu de l'adjectif « prédominante » afin de refléter le caractère relatif de cette notion lorsque l'on était confronté à deux nationalités en conflit. En outre, le Rapporteur spécial précisera dans son commentaire relatif à ce projet d'article que ce qui est en cause c'est la nationalité « prédominante » de la personne au moment de l'exercice de la protection diplomatique.

37. Le Comité de rédaction a bien conscience que certains pays auront du mal à accepter le projet d'article 6. Des exemples ont été donnés de constitutions interdisant la double nationalité. En même temps, on a reconnu que le droit international n'interdisait pas la double ou multiple nationalité et que les attitudes avaient évolué en faveur de l'acquisition de nationalités multiples, que l'on en était venu, dans certains cas, à considérer comme un « droit »

[5] *Annuaire... 2000*, vol. II (2e partie), par. 495, p. 89.

de l'individu. Aussi est-il nécessaire de prévoir les situations où un État de nationalité, confronté à un autre État de nationalité, cherche à exercer sa protection.

38. Le Comité de rédaction a examiné deux versions révisées censées tenir compte des préoccupations des États qui n'acceptaient pas le projet d'article 6. La différence entre les deux formulations consistait dans la façon de dépeindre le cas « exceptionnel » d'une nationalité prédominante. Il s'agissait de choisir entre « ne peut […] si la nationalité prédominante de celui-ci est celle de ce dernier État », à savoir l'État mis en cause, et « ne peut […] que si la nationalité prédominante de celui-ci est celle du premier État », à savoir l'État auteur de la réclamation. Il y a une différence entre les deux du point de vue de la charge de la preuve. On pensait que la deuxième formulation, qui plaçait la charge de la preuve de la nationalité prédominante sur l'État auteur de la réclamation, était préférable. En outre, en rédigeant cette disposition en termes négatifs et en utilisant les mots « ne peut que si », on donnait à entendre que les circonstances envisagées dans le projet d'article 6 seraient exceptionnelles.

39. En ce qui concerne le paragraphe 2, le Comité de rédaction a accepté la proposition faite lors des consultations officieuses de la Commission à sa cinquante-deuxième session, tendant à insérer dans le projet d'article 6 un paragraphe 4 fondé sur le projet d'article 9. C'est pourquoi la référence initiale à « Sous réserve des dispositions du paragraphe 4 de l'article 9 » au début de ce qui est devenu le paragraphe 1 n'est plus nécessaire. Le but était d'éviter un usage abusif du projet d'article 6. Le paragraphe 2 traite de l'aspect temporel : lorsqu'un État cause un préjudice international à l'un de ses ressortissants au moment où l'intéressé est le national « seulement » de cet État, avant d'obtenir une double nationalité, il est interdit au nouvel État de nationalité d'exercer la protection diplomatique contre l'autre État de nationalité.

40. Le Comité de rédaction a décidé de ne pas employer le mot « seulement » s'agissant du « dernier État », car il restreindrait la disposition aux cas de double nationalité, sans régler le cas d'un individu de nationalités multiples. Il a décidé de le préciser en stipulant que la personne « avait la nationalité de ce dernier État mais pas celle du premier ».

41. Il est important de ne pas perdre de vue que cette disposition traite essentiellement de la situation de la double et multiple nationalité et se présente comme une exception à la seconde moitié du paragraphe 1, c'est-à-dire lorsque l'État qui exerce la protection diplomatique est l'État de la nationalité prédominante. Si le paragraphe 1 empêche en principe un État de nationalité de déposer une plainte contre un autre État de nationalité, il permet une telle éventualité lorsque la nationalité de l'État qui prétend exercer la protection diplomatique est prédominante. Cependant, aux termes du paragraphe 2, une telle plainte ne peut être déposée que si l'intéressé est un national des deux États au moment où il a été lésé. Pour exprimer les choses en termes négatifs, comme on l'a fait dans la disposition, une telle réclamation ne peut être formée si l'individu en faveur duquel l'État cherche à exercer la protection diplomatique n'est pas déjà l'un de ses ressortissants au moment où le dommage a été causé.

42. Le Comité de rédaction a examiné le chevauchement qu'il pouvait y avoir avec le paragraphe 3 du projet d'article 4 qui poursuit un objectif similaire, bien que dans le contexte de la continuité de nationalité. Il a pensé que de deux choses l'une : ou il vaudrait mieux traiter de la question dans le contexte du paragraphe 3 du projet d'article 4, peut-être remanié en des termes légèrement plus généraux, ou il faudrait faire au paragraphe 2 du projet d'article 6 un renvoi exprès aux exceptions visées au paragraphe 2 du projet d'article 4.

43. On a fait valoir que le paragraphe 2 ne pouvait s'appliquer que dans le contexte des exceptions au projet d'article 4, sinon il n'y aurait aucune possibilité pour l'État de déposer une plainte au nom d'un individu qui n'était pas l'un de ses ressortissants au moment où le dommage a été causé, simplement en vertu du jeu de la règle du maintien de la nationalité énoncée au paragraphe 1 du projet d'article 4. Pour le dire différemment, si le Comité décidait d'appliquer strictement la règle du maintien de la nationalité énoncée dans le projet d'article 4, le nouveau paragraphe 2 du projet d'article 6 n'aurait plus lieu d'être parce que l'État qui veut exercer la protection diplomatique n'était pas l'État de nationalité au moment où le dommage a été causé et par conséquent ne pouvait pas exercer sa protection diplomatique.

44. Toutefois, le Comité de rédaction a prévu plusieurs exceptions à la règle de la continuité de la nationalité énoncée dans le projet d'article 4, permettant à un État de nationalité, dans certaines circonstances, d'exercer la protection diplomatique quand bien même il n'était pas l'État de nationalité au moment où le dommage s'est produit. On a dit aussi, au paragraphe 3 de ce projet d'article, que cela ne serait toutefois pas possible si la réclamation était déposée contre un ancien État de nationalité pour couvrir le cas où l'individu a changé de nationalité, c'est-à-dire a renoncé à son ancienne nationalité en faveur d'une nouvelle nationalité, dans le laps de temps qui s'était écoulé entre le moment où il a subi le dommage et le dépôt de la plainte.

45. Ce qui est en cause dans le paragraphe 2 du projet d'article 6, c'est le cas où l'individu n'a pas renoncé à sa nationalité originelle, mais a au contraire, une fois lésé, acquis une nouvelle nationalité au cours de la période critique qui sépare le moment où le dommage a été causé du dépôt de la plainte. En vertu du paragraphe 2 du projet d'article 4, le nouvel État de nationalité peut, dans certaines circonstances exceptionnelles, exercer la protection diplomatique en ce qui concerne un dommage commis contre l'un de ses ressortissants par un État tiers, même si l'État auteur de la réclamation n'était pas un État de nationalité de la personne au moment où le dommage a été commis. Toutefois, on a pensé qu'il faudrait empêcher une telle possibilité si le dommage a été commis non par un État tiers, mais par l'autre État de nationalité au moment où le dommage s'est produit et dont l'intéressé est actuellement un ressortissant ayant une double nationalité – même si l'État de nationalité auteur de la plainte est l'État de nationalité prédominante au moment de l'exercice de la protection diplomatique.

46. On a aussi pensé que le paragraphe 3 du projet d'article 4 ne couvrait pas suffisamment le cas de double nationalité qui vient d'être décrit. Aussi le Comité de rédac-

tion a-t-il jugé nécessaire d'inclure dans le paragraphe 2 du projet d'article 6 une règle similaire applicable dans le contexte de la double nationalité. En bref, même dans les cas qui relèvent du paragraphe 2 du projet d'article 4, lorsque l'État de nationalité d'un double national serait en droit de déposer une plainte pour un dommage causé à l'intéressé qui ne possédait pas sa nationalité au moment où le dommage a été causé, l'État réclamant ne pourrait agir contre un autre État de nationalité en vertu de l'application du paragraphe 2 du projet d'article 6, même s'il est l'État de la nationalité prédominante.

47. En dernière analyse, le Comité de rédaction a décidé de ne pas inclure le renvoi suggéré au projet d'article 4, car il pourrait être mal interprété et risquerait de donner du projet d'article 6 une interprétation qui prête à confusion. Qui plus est, on a estimé que ce renvoi n'était pas strictement nécessaire puisque l'on parviendrait en tout état de cause à l'objectif poursuivi par la voie de l'application normale des projets d'article proposés. En outre, on a estimé que le lien avec le projet d'article 4 relatif au maintien de la nationalité pouvait être évoqué dans le commentaire. Il ne fallait pas perdre de vue que le paragraphe 2 du projet d'article 6 devrait être considéré à la lumière de l'application du projet d'article 4.

48. Un membre du Comité de rédaction était d'avis que le paragraphe 2 était illogique parce qu'il visait une situation qui ne pourrait jamais se produire vu les dispositions du projet d'article 4 sur la continuité de la nationalité.

49. Enfin, le Comité de rédaction a décidé d'intituler le projet d'article « Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité ».

50. Le projet d'article 7, qui s'inspire de l'ancien projet d'article 8, prévoit deux exceptions à la règle établie dans le projet d'article 3, à savoir qu'un État de nationalité est en droit d'exercer la protection diplomatique en faveur de l'un de ses ressortissants. En s'écartant de la règle type, le projet d'article 7 permet à un État d'exercer la protection diplomatique en faveur d'un non-national lorsque cette personne est soit apatride, soit réfugiée. Le principe de cette exception a été approuvé par la Commission lorsqu'elle a examiné le premier rapport du Rapporteur spécial et renvoyé au Comité de rédaction le projet d'article sous la forme proposée par le Rapporteur spécial. C'est pourquoi le Comité était chargé non pas d'examiner si ces exceptions devraient être incluses dans le projet d'article, mais de leur trouver la meilleure formulation possible.

51. En même temps, le Comité de rédaction a tenu compte de ce que certains gouvernements avaient exprimé des réserves quant à l'inclusion de ces exceptions, en particulier pour ce qui était des réfugiés, car on pourrait y voir un motif de revendication de la nationalité. Cependant, il devrait être clair que telle n'est pas l'intention du projet d'article 7. Bien au contraire, tout ce qu'il prétend c'est qu'il y a des cas où un non-national peut être protégé, la protection demeurant entièrement à la discrétion de l'État. En aucune façon il n'oblige l'État à protéger de telles personnes.

52. Cela dit, un échange de vues s'est déroulé au Comité de rédaction sur la portée des exceptions ainsi que sur la politique générale qui les sous-tend afin de parvenir à une formulation généralement acceptable qui soit cohérente par rapport aux autres projets d'article et aux corpus juridiques actuellement applicables aux apatrides et réfugiés. Le but était donc de ne pas se lancer dans l'examen de la situation des apatrides ou réfugiés au regard du droit. Le Comité s'est au contraire concentré sur la question plus restreinte de l'exercice discrétionnaire de la protection diplomatique en faveur de ces personnes, indépendamment du fait qu'elles ne possèdent pas la nationalité de l'État qui entend exercer cette protection.

53. Le Comité de rédaction a donc commencé ses travaux sur la base de la proposition du Rapporteur spécial avec les facteurs ci-dessus à l'esprit. Outre quelques améliorations d'ordre rédactionnel, y compris au niveau des verbes dans ce qui constitue désormais les paragraphes 1 et 2, le Comité a opté pour le terme « peut » exercer la protection diplomatique de façon à souligner le caractère discrétionnaire de la disposition. La référence à l'État requérant a été remplacée par « son territoire », soit celui de l'État qui exerce la protection diplomatique. De plus, la référence initiale, dans la version anglaise, à la personne « *injured* » (« lésée ») a été supprimée de façon à aligner la disposition sur le texte des précédents projets d'article. De même, le Comité a rationalisé plus encore le texte en incluant le membre de phrase « si celle-ci, au moment où le dommage a été causé […], a sa résidence légale et habituelle sur son territoire », d'où la suppression de la condition initiale contenue dans le dernier membre de phrase. Ce dernier amendement a été affiné encore dans le contexte du paragraphe 1.

54. Le Comité de rédaction a poursuivi ses travaux étant entendu que, comme les considérations relatives aux apatrides n'étaient pas tout à fait les mêmes que celles applicables aux réfugiés, il serait préférable d'en faire deux paragraphes distincts qui demeureraient cependant au sein d'un même projet d'article.

55. Le paragraphe 1 traite de la question des apatrides et le Comité a pris pour base la définition de l'apatride contenue à l'article premier de la Convention relative au statut des apatrides, selon lequel « le terme "apatride" désigne un personne qu'aucun État ne considère comme son ressortissant par application de sa législation ». En conséquence, il n'a pas été jugé nécessaire d'inclure une définition ni d'examiner les raisons de l'apatridie ni de se demander si une personne est devenue apatride de mauvaise foi. Le Comité a plutôt mis l'accent sur la possibilité d'exercer la protection diplomatique d'une personne considérée comme apatride au regard du droit international. De plus, cette disposition envisage l'exercice de la protection diplomatique à partir du moment où l'intéressé a sa résidence légale et habituelle sur le territoire de l'État, réduisant ainsi au minimum la nécessité d'examiner les raisons de l'apatridie.

56. Se référant à la terminologie employée, « résidence légale et habituelle », le Président du Comité de rédaction rappelle que l'on trouvait dans la version originale les mots « réside habituellement et légalement ». On avait aussi suggéré les mots « a sa résidence légale » et « sa résidence légale et principale ». Le Comité a noté que le mot « ordinairement » n'apparaissait pas dans les textes existants concernant la nationalité et que le terme « habituelle » était par contre employé dans plusieurs traités. Il

a opté pour les mots « sa résidence légale et habituelle », suivant l'exemple de la Convention européenne sur la nationalité qui emploie des termes analogues à l'alinéa *g* du paragraphe 4 de l'article 6 à propos des apatrides et réfugiés. On a estimé que c'était là la façon la plus moderne de renvoyer à la situation juridique des apatrides et réfugiés et que l'on évitait ainsi certaines des difficultés rencontrées en parlant de résidence légale « ordinaire ». De plus, la résidence habituelle a une connotation de permanence, comme le veut la Convention relative au statut des réfugiés, ce qui est préférable.

57. De même, il n'a pas été jugé suffisant de renvoyer simplement à la « résidence légale » ou à la « résidence habituelle ». Au contraire, les deux qualificatifs de « légale » et « habituelle » doivent coexister et s'appliquer conjointement. De même, le critère de la « résidence » en soi est nécessaire pour l'élément de permanence.

58. Le Comité de rédaction a estimé par ailleurs que le critère de la résidence « légale » ne constituerait pas nécessairement un obstacle pour les personnes sans papiers. Un État pourrait malgré tout considérer ces dernières comme des résidents légaux. En même temps, certains membres du Comité étaient d'avis que le terme « légalement » était superflu parce que l'État défendeur ne pouvait raisonnablement s'opposer à l'État requérant s'agissant d'un individu résidant « légalement » sur le territoire de cet État. Néanmoins, on pensait que l'exigence conjuguée de résidence « légale » et « habituelle » était ce qui se rapprochait le plus du critère de nationalité dans le cas ordinaire de l'exercice de la protection diplomatique. Effectivement, parler de « résidence légale et habituelle » avait pour avantage d'éliminer la nécessité de faire référence à l'existence d'un « lien effectif », comme le Rapporteur spécial l'avait proposé.

59. Le Comité de rédaction a aussi envisagé une condition moins stricte, consistant à employer les mots « demeurant légalement », soit ceux employés dans les instruments en vigueur en matière de réfugiés. Tout en estimant qu'une condition moins exigeante était conseillée pour assurer la protection la meilleure possible aux apatrides, le Comité s'est abstenu de reprendre ces termes parce que le projet d'article traitait essentiellement d'une situation exceptionnelle très spécifique. Ainsi, il semblait préférable de poser une norme plus sévère.

60. En outre, le Comité de rédaction était d'avis que cette résidence légale et habituelle devait exister au moment où le dommage était causé et à la date du dépôt officiel de la plainte pour éviter une situation où, suite au dommage, la personne ne maintenait pas sa résidence légale et habituelle sur le territoire de l'État qui prétendait exercer la protection diplomatique. Le texte s'inspire de la même formule que celle prévue dans le projet d'article 4 dans le contexte du maintien de la nationalité. De fait, on a jugé nécessaire de conserver un parallélisme entre le projet d'article 7 et le projet d'article 4 pour assurer aux non-nationaux le même traitement que celui prescrit pour les nationaux. Le texte faisait initialement référence au « dépôt officiel » de la plainte, mais cela a été jugé trop restrictif puisqu'il n'existe pas de formes types de dépôt d'une telle réclamation. Le Comité a donc opté pour la « présentation officielle » de façon à suggérer un point dans le temps lorsque la question en vient au stade de la réclamation aux fins de l'exercice de la protection diplomatique face à un autre État. Les observations que le Président du Comité de rédaction a faites sur la notion de « présentation officielle » dans le contexte du projet d'article 4 s'appliquent aussi au projet d'article 7.

61. Le texte du paragraphe 1 a été remanié, de sorte qu'il se lit comme suit « à l'égard d'une personne apatride si celle-ci, au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation, a sa résidence légale et habituelle sur son territoire ».

62. Le paragraphe 2 vise l'exercice de la protection diplomatique à l'égard des réfugiés. Le Comité de rédaction a abordé ce paragraphe dans l'idée qu'il soulevait des questions similaires à celles que posait le cas des apatrides et a donc opté pour une terminologie similaire à celle du paragraphe 1.

63. Pour ce qui est des mots « résidence légale et habituelle », le Comité de rédaction a pris note de l'article 28 de la Convention relative au statut des réfugiés, qui renvoie à la délivrance par les États de documents de voyage aux réfugiés « résidant régulièrement » sur leur territoire. Cependant, il est important de souligner que, si un État accorde effectivement un titre de voyage à un réfugié, cela n'a aucune incidence sur la nationalité ou la protection diplomatique, comme l'indiquent clairement les paragraphes 15 et 16 de l'annexe se rapportant à l'article 28. Le Comité de rédaction a examiné les travaux préparatoires concernant l'article 28, dont il ressort que le terme « résidence » n'a pas été employé parce qu'il était considéré comme trop strict. C'est ainsi qu'à l'époque on avait préféré employer les mots « résidant régulièrement ».

64. Le Comité de rédaction n'a toutefois pas décidé de retenir les mots « résidant régulièrement », leur préférant le libellé proposé de « résidence légale et habituelle ». Comme dans le cas du paragraphe 1, il a estimé que, comme il s'agissait d'une exception à la règle qui veut que seul l'État de nationalité exerce la protection diplomatique, le meilleur moyen était de poser une condition plus stricte que celle énoncée dans la Convention relative au statut des réfugiés. De même, le Comité de rédaction a décidé d'inclure les mots « au moment où le dommage a été causé et à la date de la présentation officielle de la réclamation », comme il l'avait fait pour le paragraphe 1.

65. Le Comité de rédaction a examiné une proposition de remplacement pour le paragraphe faisant référence au droit de l'État qui a délivré le document de voyage à un réfugié d'exercer la protection diplomatique nonobstant le droit d'une organisation internationale compétente à protéger le réfugié. Cependant, la proposition n'a pas bénéficié du même niveau de soutien que le texte dont la Commission est actuellement saisie, car elle entraînait le risque de comparer les droits des organisations internationales vis-à-vis des réfugiés au droit d'un État d'exercer la protection diplomatique. Là encore, elle exigerait nécessairement l'adoption de la norme du « résidant régulièrement » que le Comité avait décidé de ne pas retenir.

66. La portée exacte du terme « réfugiés » a fait l'objet d'un échange de vues au Comité de rédaction. Certains membres se sont inquiétés de ce que, si le terme « réfugiés » visait uniquement les personnes couvertes par la

Convention relative au statut des réfugiés de 1951 et le Protocole relatif au statut des réfugiés de 1967, il exclurait les personnes déplacées et que par conséquent il faudrait que la disposition soit rendue également applicable à ces dernières. De plus, un État peut conférer le statut de « réfugié » à des individus qui ne répondent pas strictement à la définition de la Convention de 1951. On a estimé que la Commission préférait une conception plus large du terme « réfugié » et que, par principe, une application plus souple était à privilégier. C'est ainsi que l'on a suggéré d'inclure un paragraphe supplémentaire rédigé en termes plus généraux, tels que « réfugiés reconnus », conformément à l'article 6 de la Convention européenne sur la nationalité. En vertu de cette disposition, le terme « réfugiés » aurait visé, mais sans s'y limiter, les réfugiés relevant de la Convention relative au statut des réfugiés et du Protocole de 1967. On a relevé que plusieurs traités régionaux avaient aussi suivi cette approche. Mais le Comité a finalement décidé de ne pas adopter une disposition aussi explicite, préférant développer la question dans le commentaire.

67. En ce qui concerne le paragraphe 3, le Comité de rédaction n'a pas jugé possible qu'un État exerce la protection diplomatique en faveur d'un réfugié qui a sa résidence légale et habituelle sur le territoire de cet État contre l'État de nationalité du réfugié. Ce serait aller à l'encontre de l'approche fondamentale du projet d'articles, dans lequel la nationalité est le critère qui préside à l'exercice de cette protection. Effectivement, le Comité a envisagé d'inclure une disposition avec un alinéa supplémentaire à cet effet dans le paragraphe 2 sur les réfugiés. Bien qu'une certaine réticence se soit exprimée quant à l'idée d'inclure une interdiction spécifique en pareil cas, réflexion faite, il a été décidé de prévoir une disposition répondant aux préoccupations que des gouvernements pourraient avoir si elle faisait défaut. Mais il a été convenu que la question serait développée dans le commentaire.

68. Enfin, le Comité de rédaction a décidé d'adopter le titre « Apatrides et réfugiés ».

69. Le Comité de rédaction soumet les sept projets d'article à la Commission pour adoption.

70. Le PRÉSIDENT, remerciant le Président du Comité de rédaction pour la clarté de son rapport, invite la Commission à procéder à l'adoption du rapport du Comité de rédaction article par article.

Première partie

ARTICLE PREMIER (Champ d'application)

71. Mme ESCARAMEIA dit qu'elle n'approuve pas les mots « conformément à l'article 7 » figurant à la fin du paragraphe 2. Ils sont très restrictifs et vont à l'encontre de l'évolution du droit international, comme le souligne le paragraphe 1 du projet d'article 3. On a souvent appelé l'attention sur certains faits au cours des débats de la Commission, en particulier à propos de l'affaire du *« Saiga »*, qui est très claire. Il n'est pas logique que la Commission suive aveuglément la CIJ et non le Tribunal international pour le droit de la mer, d'autant que la fragmentation du droit international préoccupe la Commission. Dans l'affaire du *«Saiga»*, les juges ont estimé que peu importait que l'État auteur de la réclamation ne fût pas l'État de nationalité des personnes lésées et, relevant l'évolution du droit international, ont appelé l'attention sur un aspect important qui « touche à deux caractéristiques fondamentales des transports maritimes modernes : la composition temporaire et multinationale des équipages des navires et la multiplicité des intérêts que la cargaison à bord d'un seul et même navire peut mettre en jeu » [p. 44]. En présence d'un précédent judiciaire clair, la Commission ne devrait pas hésiter à le suivre.

72. Le PRÉSIDENT dit qu'il sera fait état des observations de Mme Escarameia dans le commentaire. S'il n'entend pas d'objections, il considérera que la Commission adopte le projet d'article premier.

L'article premier est adopté.

ARTICLE 2 (Droit d'exercer la protection diplomatique)

L'article 2 est adopté.

Deuxième partie

ARTICLE 3 (État de la nationalité)

73. M. CANDIOTI fait observer que les mots « succession d'État » ont été omis de la version espagnole.

74. M. TOMKA fait observer que, pour aligner le texte du projet d'article sur la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités et la Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de biens, archives et dettes d'État et les propres travaux de la Commission dans d'autres domaines, il faudrait remplacer, dans la version anglaise du paragraphe 2, les mots « *State succession* » par « *the succession of States* ».

75. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) dit qu'il n'a aucune objection à l'amendement proposé.

76. Mme ESCARAMEIA dit que, le Comité de rédaction ayant choisi d'énumérer plusieurs modes d'acquisition de la nationalité (par. 2 du projet d'article 3), il faudrait ajouter à cette liste le mariage et l'adoption. Une référence au mariage s'impose d'autant plus que ce paragraphe stipule qu'aux fins de la protection diplomatique la nationalité doit avoir été acquise de manière non contraire au droit international. L'article 9 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes stipule, certes, que les États parties garantissent que ni le mariage avec un étranger, ni le changement de nationalité du mari pendant le mariage ne change automatiquement la nationalité de la femme, ni ne la rend apatride, ni ne l'oblige à prendre la nationalité de son mari. Mais, comme beaucoup de femmes acquièrent en fait automatiquement la nationalité de leur mari à leur mariage conformément au droit interne, on pourrait faire valoir qu'elles le font de manière contraire au droit international – aux termes de la Convention – et de ce fait n'ont pas droit à la protection diplomatique.

77. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) croit comprendre que l'acquisition de la nationalité par mariage prend habituellement la forme d'une naturalisa-

tion. Toute exception devrait être couverte par les mots « ou de toute autre manière non contraire au droit international ».

78. Le PRÉSIDENT dit que ces mots laissent une marge de manœuvre considérable, étant donné ce que le projet d'instrument est censé couvrir ou ne pas couvrir.

79. M. CHEE note que, quelques années plus tôt, il a eu l'occasion, à la Sixième Commission, de se référer à l'article 9 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes, pour faire observer que, dans certains cas, l'acquisition de la nationalité par une femme s'effectue automatiquement suite à une succession d'État. Aussi fait-il sienne la proposition de Mme Escarameia tendant à inclure une référence au mariage dans le paragraphe 2.

80. Mme ESCARAMEIA dit que, dans un certain nombre de pays, dont le sien, l'acquisition de la nationalité par mariage prend une forme qui peut être considérée comme ne relevant pas de la naturalisation et qui, en fait, pourrait être jugée contraire au droit international. Il ne faut en aucune circonstance laisser les femmes sans protection diplomatique à cause d'une telle situation.

81. Le PRÉSIDENT juge difficile d'imaginer que le libellé actuel du projet d'article ne répondrait pas à ce souci.

82. M. BROWNLIE reconnaît que le libellé est probablement suffisant. Cependant, l'observation de Mme Escarameia n'est pas à négliger et il pourrait sembler anormal de ne pas faire mention du mariage entre autres modes d'acquisition de la nationalité.

83. M. Sreenivasa RAO dit qu'après avoir écouté Mme Escarameia il convient qu'il faudrait faire une distinction entre l'acquisition de la nationalité par mariage et le processus de naturalisation.

84. M. GALICKI dit que ni lui ni les autres membres du Comité de rédaction n'ont pensé à la situation évoquée par Mme Escarameia., Réflexion faite, il soutient sa proposition, d'autant que la nationalité par mariage peut être conférée non seulement par voie de naturalisation mais aussi automatiquement à titre de mode d'acquisition à part, comme le reconnaît la Convention européenne sur la nationalité pour justifier la détention de nationalités multiples. Dès lors que des femmes siègent à la Commission, celle-ci devrait prêter attention à leurs propositions.

85. M. DUGARD dit que lui aussi appuie la proposition de Mme Escarameia. Mais il serait anormal d'inclure une référence au mariage sans faire aussi mention de l'adoption.

86. Le PRÉSIDENT se demande si une référence au mariage et à l'adoption ne priverait pas de tout sens le membre de phrase « ou de toute autre manière non contraire au droit international ». Qui plus est, les questions soulevées par Mme Escarameia à propos du mariage ne se posent pas dans le cas de l'adoption.

87. M. DUGARD dit que le mariage et l'adoption sont normalement traités de la même façon. Si la Commission inclut une référence à l'une de ces institutions, elle pourrait tout aussi bien évoquer la seconde. Naturellement, la difficulté vient de ce que ce projet d'article pourrait être alors considéré comme donnant une liste exhaustive de méthodes par lesquelles la nationalité peut être acquise.

88. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) dit qu'il doit être bien entendu que l'acquisition de la nationalité par mariage devrait se produire de manière non contraire au droit international. Ainsi, il croit que le mariage est visé par le projet d'article tel qu'il est actuellement libellé. Mais il revient à la Commission de décider si elle tient à procéder à l'amendement proposé.

89. M. AL-BAHARNA suggère d'inclure une référence au mariage au paragraphe 2 et de traiter de l'adoption dans un autre projet d'article.

La séance est suspendue à 11 h 35; elle est reprise à 11 h 50.

90. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) annonce que, suite à des consultations avec Mme Escarameia et le Rapporteur spécial, il a été décidé de laisser tel quel le libellé du paragraphe 2 et que le Rapporteur spécial traiterait de la question importante soulevée par Mme Escarameia dans le commentaire. C'est pourquoi il recommande à la Commission d'adopter le projet d'article sous sa forme actuelle.

91. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objections, il considérera que la Commission adopte le projet d'article 3 sous réserve des modifications d'ordre rédactionnel proposées par M. Candioti et M. Tomka.

L'article 3 est adopté à la lumière de ces considérations.

Coopération avec d'autres organismes

[Point 11 de l'ordre du jour]

Déclaration de l'observateur du Comité juridique interaméricain

92. M. REBAGLIATI (Observateur du Comité juridique interaméricain) décrit les travaux du Comité juridique interaméricain à ses cinquante-neuvième et soixantième sessions, tenues en juillet-août 2001 et février-mars 2002 respectivement. À sa cinquante-neuvième session, le Comité a centré son attention sur l'un seulement des nombreux points inscrits à son ordre du jour, la démocratie dans le système interaméricain, parce que l'Assemblée générale de l'Organisation des États américains (OEA) devait adopter le projet de Charte démocratique interaméricaine à sa vingt-huitième session extraordinaire en septembre 2001. Le Comité était saisi de la question depuis 1995 et a apporté de nombreuses contributions qui ont été bien accueillies par l'Assemblée générale et le Conseil permanent.

93. Au début de la cinquante-neuvième session, le Président du Conseil permanent a invité le Comité à participer aux activités du groupe de travail du Conseil chargé de rédiger le texte de la Charte. À cet effet, le Comité a adopté une résolution contenant en annexe ses observations et commentaires sur le projet de Charte démocratique inter-

américaine en se fondant sur l'idée que ce texte serait adopté en tant que résolution de l'OEA. Compte tenu du temps limité disponible et du fait que le projet en était déjà à un stade avancé d'élaboration, il a été jugé inopportun de proposer des amendements au texte. Le Comité a noté que ces résolutions étaient en général conçues pour contribuer au développement progressif du droit international en interprétant les dispositions de conventions, en apportant la preuve de l'existence de normes coutumières, en énonçant des principes de droit généraux et en proclamant des aspirations communes. On a fait observer que certaines des résolutions des organes d'une organisation internationale pouvaient être rendues obligatoires pour les membres de celle-ci lorsque les statuts de l'organisation le prévoyaient, et relevé que les résolutions de ce type devaient prévoir des directives d'ordre programmatique.

94. Le Comité a ensuite formulé des observations et commentaires sur l'agencement des dispositions du projet de Charte démocratique interaméricaine, les questions traitées et, en particulier, la compatibilité du projet avec des résolutions précédentes de l'Assemblée générale et la Charte de l'OEA. L'article 9 de cette charte prévoit qu'un membre de l'OEA dont le gouvernement constitué démocratiquement est renversé par la force peut voir suspendu l'exercice de son droit de participer aux sessions de l'Assemblée générale, de la Réunion de consultation, des conseils de l'OEA et des conférences spécialisées, ainsi que des commissions, groupes de travail et tout autre organe constitué; il décrit aussi le mécanisme par lequel cette suspension est imposée et levée. La résolution 1080 (XXI-O/91) de l'Assemblée générale de l'OEA en date du 5 juin 1991est compatible avec cet article, mais a une portée plus large. Elle vise l'interruption soudaine ou irrégulière du processus démocratique des institutions politiques ou de l'exercice légitime du pouvoir par un gouvernement issu d'élections démocratiques dans l'un quelconque des États membres de l'Organisation; elle n'envisage pas la suspension d'un État membre mais autorise le Conseil permanent et l'Assemblée générale à prendre certaines mesures pour répondre à la situation. Le troisième Sommet des Amériques, tenu à Québec du 20 au 22 avril 2001, a adopté une « clause de démocratie » aux termes de laquelle toute altération ou interruption inconstitutionnelle de l'ordre démocratique dans un État membre de l'OEA constitue un obstacle insurmontable à la participation du gouvernement de cet État aux sessions de l'Assemblée générale, de la Réunion de consultation, des conseils de l'Organisation et des conférences spécialisées, ainsi que des commissions, groupes de travail et tout autre organe.

95. Le Comité a eu un long échange de vues sur cette disposition qui a été reprise pour l'essentiel dans le projet de Charte démocratique interaméricaine, et a fait plusieurs recommandations concernant la nécessité de l'adapter à la Charte de l'OEA et aux instruments connexes. Elle est probablement nécessaire et politiquement acceptable, du moins pour l'instant, mais, du point de vue juridique, elle risque de ne pas être compatible avec la Charte selon la façon dont elle est interprétée et appliquée. Nul doute qu'elle est de portée plus large que ne l'aurait souhaité le Comité. En tout état de cause, elle est la preuve de la volonté collective de prévenir et réprimer les interruptions de l'ordre constitutionnel et démocratique par des moyens non violents mais tout aussi illégaux, comme les Amériques en ont fait l'expérience par le passé.

96. La Charte démocratique interaméricaine a été adoptée par consensus à la vingt-huitième session extraordinaire de l'Assemblée générale de l'OEA le 11 septembre 2001. Ce texte n'a pas fait depuis l'objet de nouvelles négociations.

97. À sa soixantième session, le Comité a pris acte de l'adoption de la nouvelle Charte et a adopté une résolution déclarant qu'elle reflétait pour une bonne part les commentaires et suggestions du Comité et faisant état de la gratitude exprimée par le Secrétaire général de l'OEA et d'autres participants de haut niveau à la session extraordinaire pour les contributions du Comité.

98. Dans sa résolution 1774 (XXXI-O/01) du 5 juin 2001, intitulée « Élaboration d'un projet de convention interaméricaine contre le racisme et toutes les formes de discrimination et d'intolérance », l'Assemblée générale de l'OEA a prié le Comité d'élaborer un document d'analyse à titre de contribution aux travaux du Conseil permanent sur la question et en vue de leur avancement. En conséquence, le Comité a traité de façon approfondie du sujet à sa dernière session et adopté la résolution 39 (LX-O/02) du 6 mars 2002, exprimant son souci devant la multiplication des actes de racisme et d'intolérance dans le monde et confirmant la nécessité de faire cause commune dans l'opposition à de telles manifestations en intensifiant la coopération entre les États pour éradiquer ces pratiques. Il a aussi fait siennes les conclusions contenues dans le document CJI/doc.80/02 rev.3 qui a été transmis au Conseil permanent en même temps que la résolution. Les membres de la Commission peuvent consulter ces textes qui sont à leur disposition. À cet égard, l'observateur du Comité juridique interaméricain ajoute que ce dernier a procédé à un examen approfondi du cadre normatif général et régional dans ce domaine, en se fondant sur un recueil de traités et de textes juridiques et les réponses au questionnaire qui avait été distribué aux États membres. Les conclusions auxquelles il est parvenu sont énoncées dans le document CJI/doc.80/02 rev.3 et traduisent une certaine circonspection quant à l'opportunité de négocier une nouvelle convention, mais le Comité précisait que, s'il était décidé d'aller de l'avant, il devrait s'agir d'un instrument complémentaire des conventions universelles et régionales en vigueur, visant des aspects généraux qui n'étaient pas traités dans ces conventions ou caractérisant des formes de racisme, de discrimination raciale ou d'intolérance qui n'avaient pas été abordées dans des instruments internationaux spécifiques.

99. Le Comité était clairement d'avis qu'il n'était pas conseillé d'entreprendre de négocier et de conclure une convention d'ordre général pour prévenir, réprimer et éradiquer le racisme et toutes les formes de discrimination et d'intolérance, dans la mesure où on risquerait, ce faisant, de faire double emploi avec des instruments en vigueur, du fait de chevauchements propres à susciter de graves problèmes d'interprétation et d'application. Néanmoins, le Comité a identifié certains thèmes qui pourraient intéresser les travaux sur le sujet, à savoir : le renforcement des mécanismes de contrôle du respect des obligations conventionnelles en matière de droits de l'homme, des études sur des groupes spécifiques, tels que populations autochtones et minorités ethniques, et les formes contemporaines de racisme et de discrimination raciale. Il est aussi parvenu à la conclusion que, si l'on décidait

d'élaborer une convention interaméricaine visant tel ou tel aspect particulier du problème, cet instrument devrait être élaboré dans le cadre de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale et d'autres conventions universelles et régionales pertinentes. Le Comité a aussi fait observer qu'il existait d'autres procédures possibles pour s'attaquer aux questions de racisme et de discrimination raciale, comme l'adoption d'amendements aux conventions en vigueur et des déclarations interprétatives et la conclusion de protocoles additionnels. Il serait aussi possible de recourir à des procédures politiques telles que celles recommandées par les premier et deuxième Sommets des Amériques, tenus respectivement à Miami (États-Unis) du 9 au 11 décembre 1994 et à Santiago les 18 et 19 avril 1998, et par la Conférence mondiale contre le racisme, la discrimination raciale, la xénophobie et l'intolérance tenue à Durban (Afrique du Sud) du 31 août au 7 septembre 2001. Enfin, le Comité a fait savoir que les organes de l'OEA pourraient envisager d'engager instamment les États membres qui ne l'avaient pas encore fait à ratifier les conventions en vigueur ou à y adhérer et de recommander aux États parties aux conventions contre le racisme et la discrimination raciale de prendre les mesures nécessaires pour respecter leurs obligations aux termes de ces conventions, notamment en adoptant des lois et règlements au niveau national.

100. La question a été examinée à la trente-deuxième session ordinaire de l'Assemblée générale de l'OEA qui vient de s'achever à Bridgetown le 2 juin 2002, et restera certainement à l'ordre du jour d'autres instances de l'Organisation. Le projet d'ordre du jour de la trente-deuxième session ordinaire est à la disposition des membres de la Commission pour consultation. Un sujet extrêmement important à l'ordre du jour était le projet de convention interaméricaine contre le terrorisme, que l'Assemblée générale vient d'adopter. Les membres de la Commission peuvent consulter le texte de la Convention, qui est à leur disposition.

101. À sa soixantième session ordinaire, le Comité a aussi examiné les résultats de la sixième Conférence spécialisée interaméricaine de droit international privé qui s'était tenue à Washington du 4 au 8 février 2002. La Conférence a adopté deux lois types sur les connaissements uniformes directs négociables et non négociables concernant le transport international de marchandises par la route. Elle a aussi adopté une loi type interaméricaine sur les sûretés mobilières, visant à réduire le coût des emprunts, encourager le commerce et les investissements internationaux dans la région et aider les petites et moyennes entreprises de l'Hémisphère. Un troisième point dont la Conférence était saisie était la responsabilité pour pollution transfrontière. Aucun accord ne s'est dégagé sur cette question. Le Comité a été chargé par la Conférence de contribuer à l'étude de la question « Droit applicable et juridiction internationale compétente en matière de responsabilité civile extracontractuelle » et à l'établissement de l'ordre du jour de la septième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé.

102. Enfin, l'observateur du Comité juridique interaméricain appelle l'attention de la Commission sur les préparatifs de la commémoration du centenaire du Comité juridique interaméricain, qui sera célébré en 2006. Les préparatifs ont commencé en 2001 et il est prévu de faire participer à cet événement de nombreux organes et instances d'Amérique et d'autres régions. En outre, on espère y faire participer la Commission du droit international et d'autres organes des Nations Unies et des institutions spécialisées, ainsi que des institutions universitaires et des sommités du droit international. Il a été tenu particulièrement compte des travaux préparatoires entrepris dans le contexte de la commémoration en 1999 du centenaire de la première Conférence de paix de La Haye. Outre les réunions et événements spéciaux, des publications et d'autres activités universitaires sont prévues au programme.

103. Un cours de droit international se tient chaque année depuis 1974. Il s'étend sur quatre semaines, qui coïncident habituellement avec la réunion du mois d'août du Comité, à Rio de Janeiro. Environ 37 étudiants originaires des États membres assistent au cours, dont 30 boursiers. Les participants sont de jeunes diplômés qui travaillent à l'université, dans le secteur public ou le service diplomatique de leur pays. Ils étudient à plein temps pendant la durée du cours, à l'issue duquel ils sont évalués. Les cours sont dispensés par des membres du Comité, des fonctionnaires internationaux et des fonctionnaires d'organes internationaux, ainsi que par des professeurs d'université des Amériques et d'autres régions, d'Europe en particulier. Une trentaine de professeurs participent au cours chaque année. Plusieurs membres de la Commission du droit international, actuels et passés, ont enseigné dans le cadre du cours, contribuant par là à son prestige. Chaque cours est axé sur un thème principal, qui était en 2001 « L'être humain en droit international contemporain ». Le thème retenu pour 2002 sera « Ressources naturelles, énergie, environnement et droit international ».

104. La réunion commune la plus récente avec les conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères des États membres de l'OEA s'est tenue à Washington en mars 2000 pendant la cinquante-sixième session ordinaire du Comité. La prochaine réunion aura lieu en 2003 et son ordre du jour comportera un point sur la Cour pénale internationale qui a cessé d'être à l'ordre du jour du Comité. Le but de ces réunions est d'échanger des informations et des points de vue sur des questions d'ordre juridique intéressant les États membres.

105. L'article 103 de la Charte de l'OEA confie au Comité juridique interaméricain le soin d'établir des relations de coopération avec les universités, instituts et autres centres d'éducation, de même qu'avec les commissions et organismes nationaux et internationaux consacrés à l'étude, la recherche, l'enseignement ou la diffusion d'informations sur les questions juridiques d'intérêt international. L'orateur est convaincu que les travaux du Comité contribuent à l'exécution de son mandat.

106. Le PRÉSIDENT remercie l'observateur du Comité juridique interaméricain pour sa déclaration. Il juge impressionnante la liste des réalisations d'une institution ancienne et audacieuse à laquelle le pays d'origine du Président est fier de participer. Le Président a été particulièrement frappé par le débat sur la fragmentation du droit international et aimerait avoir un complément d'information sur la façon dont le Comité aborde la question, étant donné que la Commission se lance elle-même dans l'examen de cette même question.

107. M. REBAGLIATI (Observateur du Comité juridique interaméricain) dit que le Comité a eu particulièrement à cœur de veiller à éviter la fragmentation du droit international dans le contexte de l'examen d'une éventuelle convention contre le racisme. Si ce souci n'a pas empêché l'adoption de la Convention interaméricaine contre le racisme, une attention particulière a été prêtée à l'opportunité de l'intégrer dans les conventions universelles en vigueur.

108. M. Sreenivasa RAO remercie l'observateur du Comité juridique interaméricain pour l'excellent aperçu qu'il a donné des travaux réalisés par cet organe des plus important et qui intéressent beaucoup les juristes, les étudiants du droit international et les érudits d'autres régions du monde. L'avance prise par le Comité en préparant comme il vient de le faire la Convention interaméricaine contre le terrorisme est particulièrement intéressante vu le souci du monde entier de priver les organisations terroristes de ressources financières. Il faudrait que le Comité juridique interaméricain et l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique resserrent leurs liens puisque ces deux organes partagent des préoccupations communes.

109. M. KAMTO remercie l'observateur du Comité juridique interaméricain pour son exposé détaillé de la contribution admirable de son organisation à la codification et à la connaissance du droit international. Se référant à la Convention interaméricaine contre le terrorisme, il demande en quoi la nouvelle convention régionale complète les conventions en vigueur en la matière. Il se demande aussi si l'objectif louable de la convention, qui est d'éliminer le terrorisme, souci bien plus politique que juridique, est réaliste. Enfin, il demande si le fait que l'article 14 de la nouvelle convention qui traite de la discrimination ne comporte pas de titre est ou non intentionnel.

110. M. REBAGLIATI (Observateur du Comité juridique interaméricain) dit que la Convention interaméricaine contre le terrorisme est une initiative d'organes politiques de l'OEA qui répond au besoin de débarrasser l'Hémisphère du fléau du terrorisme. Si, pour des raisons évidentes et regrettables, on a jugé nécessaire d'intensifier la coopération interaméricaine dans ce domaine, on a aussi prêté spécialement attention à la compatibilité de la nouvelle convention avec celles existantes. Le Comité a joué un rôle technique et consultatif dans le processus de négociation de la Convention. Enfin, l'absence de titre pour l'article 14 de la Convention est une question d'édition mineure qui sera corrigée en temps voulu.

111. M. NIEHAUS remercie l'observateur du Comité juridique interaméricain pour l'excellent aperçu qu'il a donné des activités du Comité. L'échange de données d'expérience entre les deux organes est extrêmement précieux. La Charte démocratique interaméricaine sert d'exemple, non pas juste à la région, mais au monde entier. Il faut aussi féliciter le Comité du succès de la sixième Conférence spécialisée interaméricaine sur le droit international privé et de l'adoption par la Conférence de deux lois types. Lorsqu'il célébrera son centenaire en 2006, le Comité pourra se pencher sur un siècle de travaux extrêmement fructueux.

112. M. GALICKI dit que le catalogue de conventions universelles que l'on trouve à l'article 2 de la nouvelle convention interaméricaine contre le terrorisme ne fait pas référence à la convention très importante de l'OEA pour la prévention ou la répression des actes de terrorisme qui prennent la forme de délits contre les personnes ainsi que l'extorsion connexe à ces délits lorsque de tels actes ont des répercussions internationales. Il n'est pas fait référence non plus aux rapports entre les deux conventions.

113. M. REBAGLIATI (Observateur du Comité juridique interaméricain) dit qu'à son avis l'article 2 de la nouvelle convention interaméricaine contre le terrorisme ne fait qu'énumérer les conventions de portée universelle dans lesquelles la nouvelle convention doit s'intégrer à la lumière du processus plus général de renforcement des mécanismes interaméricains de lutte contre le terrorisme et de stimulation de la coopération régionale dans ce domaine.

114. Le PRÉSIDENT remercie l'observateur du Comité juridique interaméricain pour sa déclaration riche en informations, pour sa patience et sa bonne volonté à répondre aux questions. L'expérience a été enrichissante pour tous.

La séance est levée à 13 h 5.

2731e SÉANCE

Jeudi 6 juin 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(suite)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3]), A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION *(suite)*

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen, article par article, des projets d'article sur la protection diplomatique adoptés par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.613*).

ARTICLE 4 (Maintien de la nationalité)

2. M. TOMKA fait observer que, dans la version française, l'intitulé de l'article « Maintien de la nationalité » ne correspond pas à celui de la version anglaise originale, « *Continuous nationality* » et qu'il faudrait peut-être le remplacer par « Nationalité continue » ou « Continuité de la nationalité ».

3. M. KAMTO souscrit à l'observation de M. Tomka. Les deux expressions suggérées sont acceptables, sauf que la notion de « continuité de la nationalité » suppose en français, au moins implicitement, une continuité de la nationalité même dans le cas d'une succession d'États, alors que celle de « nationalité continue » peut simplement laisser sous-entendre un changement de nationalité. Si l'expression anglaise *continuous nationality* englobe l'hypothèse de la succession d'États, il conviendrait alors de la rendre en français par l'expression « continuité de la nationalité ».

4. Rappelant que le Président du Comité de rédaction, en présentant son rapport à la séance précédente (par. 24), a indiqué que le mot « peut » tend à mettre en exergue l'exception au principe posé au paragraphe 1, M. Kamto considère, quant à lui, que cette exception est plutôt introduite par la préposition « nonobstant », pour la simple raison que le droit à l'exercice de la protection diplomatique est et demeure un droit discrétionnaire de l'État.

5. M. GAJA relève que les mots anglais « *for a reason* », au paragraphe 2, ont été rendus en français par les mots « pour des raisons ». Le sens s'en trouve transformé, le mot « raison » au singulier renvoyant à la circonstance qui a entraîné le changement de nationalité, par exemple une succession d'États, une naturalisation, tandis que le mot « raisons » au pluriel pourrait renvoyer aux raisons qui ont amené l'intéressé à changer de nationalité, ce qui est difficile à établir. Aussi le singulier s'impose-t-il.

6. M. CANDIOTI pense qu'il vaudrait mieux, aux paragraphes 1 et 2, parler de « la » réclamation plutôt que de « sa » réclamation.

7. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission approuve en première lecture l'article 4, avec les modifications qui y ont été apportées.

Il en est ainsi décidé.

ARTICLE 5 [7] (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers)

8. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission approuve en première lecture l'article 5 [7].

Il en est ainsi décidé.

ARTICLE 6 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité)

9. M. KAMTO, se référant au dernier membre de phrase du paragraphe 1 : « que si la nationalité prédominante de celui-ci est celle du premier État en question », pense qu'il conviendrait de l'aligner sur la version anglaise originale et le remplacer par « à moins que la nationalité prédominante de celui-ci ne soit celle du premier État en question », ce qui donne toute sa force à la dérogation au principe énoncé dans la première partie de la phrase.

10. Quant au paragraphe 2, M. Kamto le juge inutile car il ne fait que reprendre, sans rien y ajouter, la teneur du paragraphe 3 de l'article 4.

11. Le PRÉSIDENT pense qu'il n'y a aucun problème à donner suite à la suggestion de M. Kamto visant à aligner la version française de la dernière partie du paragraphe 1 de l'article 6 sur la version anglaise originale.

12. M. TOMKA, notant que le paragraphe 1 s'ouvre par les mots « Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique » et le paragraphe 2 par les mots « Un État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique », se demande si cette différence de formulation est intentionnelle ou pure coïncidence. Il relève en passant, à ce propos, que la même expression de la version originale anglaise, « *Diplomatic protection shall not be exercised* », au paragraphe 3 de l'article 4 et au paragraphe 2 de l'article 6 n'est pas rendue de la même manière en français. Peut-être faudrait-il uniformiser le texte français.

13. M. DUGARD (Rapporteur spécial) pense que le choix des expressions relevées par M. Tomka n'est pas délibéré, mais qu'il peut se justifier par la volonté de renforcer par l'emploi des mots « n'exerce pas » au paragraphe 2 la restriction qui y est envisagée. Mais peut-être serait-il plus judicieux, par souci d'uniformité, de reprendre dans ce paragraphe les mots « ne peut exercer » qui figurent au paragraphe 1.

14. M. DAOUDI précise que la formule que le Comité de rédaction a retenue pour le paragraphe 2, sur proposition de l'un de ses membres, a pour effet de renforcer l'interdiction pour l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique dans les cas visés. La formule plus souple retenue pour le paragraphe 1 de l'article 6, à savoir « ne peut exercer » laisse ouverte la faculté à l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique en fonction de la nationalité prédominante de la personne lésée. Mais s'il faut harmoniser le texte, le mieux serait d'employer aussi bien au paragraphe 1 qu'au paragraphe 2 de l'article 6 l'expression « Un État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique ».

15. M. MOMTAZ croit se rappeler que, si le Comité de rédaction a utilisé deux expressions différentes au paragraphe 1 et au paragraphe 2, c'est pour marquer au paragraphe 1 le pouvoir discrétionnaire de l'État de nationalité d'exercer la protection diplomatique dans la situation qui y est visée, et au paragraphe 2 l'obligation faite à l'État de nationalité de ne pas exercer la protection diplomatique dans la situation qui là aussi est visée.

16. M. GAJA dit que, s'il faut assurer une uniformité tout au long du texte, il faudrait peut-être construire la

* Distribué ultérieurement sous la cote A/CN.4/L.613/Rev.1 (voir 2732e séance).

phrase du paragraphe 2 de l'article 6 sur le modèle de celle du paragraphe 3 de l'article 4. Cela dit, à son avis, vu le paragraphe 3 de l'article 4, le paragraphe 2 de l'article 6 n'a aucun sens. En fait, ce qu'il faudrait faire ressortir à l'article 6, c'est la nécessité de prendre en considération la nationalité prédominante non seulement à la date de la présentation de la réclamation mais encore au moment où le dommage a été causé. Aussi M. Gaja suggère-t-il de remanier le paragraphe 1 dans cette optique et de supprimer le paragraphe 2.

17. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction), répondant à M. Tomka, dit que le Comité de rédaction a décidé d'employer les mots « peut » ou « ne peut » chaque fois qu'il s'agit d'énoncer une exception à une règle posée, ce qui est dans un certain sens le cas du paragraphe 1 de l'article 6. Il souscrit par ailleurs aux observations de M. Daoudi, de même qu'à sa proposition visant à employer uniformément aux paragraphes 1 et 2 l'expression « Un État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique ».

18. Enfin, se référant aux remarques de M. Kamto et de M. Gaja, il rappelle ce qu'il a dit à propos de l'article 4, qui vise le cas d'une personne qui perd sa nationalité, en présentant le rapport du Comité de rédaction, à savoir que le paragraphe 1 pose le principe de la continuité de la nationalité, le paragraphe 2 une exception à ce principe et le paragraphe 3 une limitation à l'exception. Or, le paragraphe 2 de l'article 6 traite d'une situation différente, celle d'une personne qui n'avait pas perdu sa nationalité mais qui n'avait pas encore acquis la nouvelle nationalité au moment du dommage. C'est pourquoi la majorité des membres du Comité de rédaction ont considéré que le paragraphe 2 devrait être maintenu, du moins au stade de l'examen en première lecture. Quoi qu'il en soit, les différentes vues exposées sur ce point figureront dans le compte rendu analytique des séances pertinentes, dans le rapport de la Commission et dans le commentaire. Il serait hasardeux de se livrer en plénière à un exercice de rédaction.

19. Mme XUE aimerait apporter quelques éclaircissements supplémentaires en tant que membre du Comité de rédaction. Le paragraphe 1 de l'article 6 devrait être maintenu tel quel, l'expression « ne peut exercer » étant commandée par la locution conjonctive « à moins que » qui suit et se référant à l'exercice d'un droit discrétionnaire. Si l'on employait l'expression « un État de nationalité n'exerce pas la protection diplomatique », cela reviendrait à faire d'un droit une obligation.

20. Mme Xue souscrit pour l'essentiel aux observations de M. Gaja, et surtout à sa suggestion tendant à tenir compte de la nationalité prédominante au moment où le dommage a été causé.

21. Pour le PRÉSIDENT, le problème est que le paragraphe 2 de l'article 6 vise le cas non pas d'une double nationalité dont l'une est prédominante, mais celui de la possession, au moment du dommage, de la nationalité de l'État responsable et non de celle de l'État réclamant.

22. M. GAJA croit comprendre que le paragraphe 2 se réfère en substance au cas où la personne lésée n'avait pas la nationalité de l'État réclamant. Or, selon le paragraphe 3 de l'article 4, cet État n'est pas en mesure de présenter la réclamation car la règle de la continuité de la nationalité joue. Le paragraphe 2 de l'article 6 est donc illogique, en ce qu'il présuppose l'existence d'un élément qui ne s'y trouve pas. M. Gaja réitère la proposition qu'il a formulée à propos de l'article 6, à condition bien entendu que la Commission consente à apporter à cet article une modification de fond.

23. M. KAMTO se déclare convaincu par les arguments avancés par Mme Xue pour justifier l'emploi des mots « ne peut exercer » au paragraphe 1, et des mots « n'exerce pas » au paragraphe 2.

24. En ce qui concerne le paragraphe 2, il traite, à son avis, plutôt que d'un cas de nationalité multiple, d'une situation déjà couverte par le paragraphe 3 de l'article 4, à savoir celle où la nouvelle nationalité de la personne lésée n'est pas concurrentielle avec sa nationalité antérieure, n'est pas concomitante de celle-ci. Cela dit, il s'en tiendra à la position que la Commission plénière arrêtera à propos du paragraphe 2.

25. Le PRÉSIDENT se demande s'il ne serait pas possible de placer le paragraphe 2 entre crochets.

26. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) croit qu'il serait inopportun d'apporter hâtivement en plénière à un texte émanant du Comité de rédaction des modifications de fond. Si la Commission plénière souhaite modifier le paragraphe 2 de l'article 6, elle doit donner des instructions dans ce sens au Comité de rédaction en lui demandant de revoir le texte.

27. Le PRÉSIDENT croit que placer le paragraphe 2 de l'article 6 entre crochets ne présenterait aucun inconvénient, car cela signifierait tout simplement que le texte, sans être rejeté ni approuvé, sera revu par le Comité de rédaction en temps voulu, compte tenu de toutes les observations qui ont été formulées.

28. Le Président dit qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission approuve en première lecture le paragraphe 1 de l'article 6, étant entendu que le paragraphe 2 est placé entre crochets, pour plus ample examen par le Comité de rédaction, compte tenu de toutes les observations formulées.

Il en est ainsi décidé.

ARTICLE 7 (Apatrides et réfugiés)

29. M. KOSKENNIEMI dit qu'il nourrit de sérieuses réserves à propos de l'orientation politique du projet d'article 7. Deux questions ont retenu son attention. La première est celle de l'application de la règle de la continuité de la nationalité. Le Président du Comité de rédaction a déjà fait observer qu'il y avait des divergences d'opinion à ce sujet. Lui-même fait partie de ceux qui pensent que la règle en question n'est pas une règle de droit coutumier et n'a pas de raison d'être politique qui contraindrait la Commission à l'intégrer à l'article 4 ou, d'ailleurs, à l'article 7.

30. La deuxième question concerne les apatrides et réfugiés. M. Koskenniemi estime que la condition stipulée aux paragraphes 1 et 2, à savoir qu'un apatride ou un ré-

fugié doit avoir sa résidence habituelle sur le territoire de l'État, est exagérément restrictive et tout à fait inutile. En effet, elle empêcherait l'État de résidence de l'apatride ou du réfugié d'exercer, dans certains cas, sa protection diplomatique et, du point de vue politique, cela est tout à fait inacceptable. Lorsqu'une personne se réfugie sur le territoire d'un État, de même que dans la plupart des cas où une personne est déchue de sa nationalité et devient apatride, le motif en est que l'État où elle résidait précédemment était, ou s'est retrouvé, sous un régime totalitaire. C'est précisément au moment où la personne en question a une résidence légale, mais pas encore une résidence habituelle, sur le territoire d'un nouvel État qu'elle a le plus besoin de protection. Ce problème s'est souvent posé au cours de l'histoire. M. Koskenniemi cite le cas des juifs allemands qui n'étaient pas en Allemagne lorsque les lois nazies ont été promulguées et qui se sont ensuite réfugiés dans d'autres pays tels que la Suisse ou la France. Ils tombaient sous le coup des lois nazies qui avaient été édictées tant avant leur arrivée dans ces États qu'après et, pour des motifs éminemment politiques, il eût été extrêmement important que leur nouvel État de résidence puisse exercer sa protection diplomatique à leur égard, contre le régime nazi. Le même problème s'est posé plus récemment, par exemple dans le cas des réfugiés originaires de l'Union soviétique ou de la République démocratique allemande. M. Koskenniemi propose d'exprimer cette préoccupation dans le texte du projet d'article 7 en supprimant les mots « et habituelle » qui figurent aux paragraphes 1 et 2. Il insiste sur le fait qu'il n'y a aucun motif politique de maintenir la condition d'une résidence habituelle – alors que l'on peut penser qu'il y en a de maintenir celle de la résidence légale. Cela restreint beaucoup trop la possibilité pour l'État de résidence de venir en aide aux réfugiés et aux apatrides se trouvant sur son territoire qui sont victimes de l'oppression exercée par leur gouvernement. M. Koskenniemi ajoute que sa suggestion ne sous-entend pas que l'apatride ou le réfugié a droit à une protection diplomatique et qu'il s'agit simplement de laisser cela à la discrétion de son nouvel État de résidence. Il souligne enfin que les préoccupations d'ordre conceptuel ne sont pas de mise.

31. Mme ESCARAMEIA souscrit entièrement aux observations de M. Koskenniemi. Celui-ci a évoqué deux points importants, dont le premier, à savoir la question de la continuité de la nationalité et du moment où le dommage est causé, est aussi très délicat. L'application de la règle de continuité de la nationalité aux réfugiés ou aux apatrides risque d'aboutir à des situations tout à fait injustes. C'est effectivement au moment où ces personnes ont le plus besoin d'une protection que celle-ci risque de leur être enlevée.

32. Mme Escarameia partage aussi complètement l'avis de M. Koskenniemi concernant le deuxième point qu'il a évoqué. Le critère de « résidence habituelle » est extrêmement exigeant. Il semble que la Commission se soit appuyée sur la Convention européenne de 1997 sur la nationalité qui, en fait, n'a rien à voir avec la protection diplomatique. Mme Escarameia souligne comme M. Koskenniemi qu'il ne s'agit pas d'imposer quoi que ce soit mais plutôt de ne pas opposer d'obstacles aux États qui souhaiteraient exercer leur protection diplomatique à l'égard des réfugiés ou apatrides se trouvant sur leur territoire.

33. Le PRÉSIDENT dit que la question n'est pas de savoir si le projet d'articles permettra ou non d'atténuer les souffrances de personnes innocentes qui se retrouvent dans des situations extrêmement difficiles, et qu'il faut veiller à rester dans le sujet de la protection diplomatique, qui est principalement axé sur le droit des États. En se laissant emporter par le souci d'apporter une réponse aux situations tragiques que connaissent certaines personnes, la Commission risque de perdre de vue l'objectif du débat.

34. M. MANSFIELD dit qu'il est conscient que la Commission examine le sujet de la protection diplomatique depuis un certain temps et qu'en tant que nouveau membre il est soucieux de maintenir une certaine réserve, mais il est convaincu que M. Koskenniemi a soulevé une question très importante. Un État devrait avoir le droit de prendre fait et cause pour une personne se trouvant dans l'une des situations très difficiles qui ont été évoquées. Pour l'essentiel, il appuie donc la proposition de M. Koskenniemi.

35. M. KABATSI dit que l'idée de veiller à ce que les réfugiés et apatrides dont le changement de situation est récent soient eux aussi protégés est tentante mais qu'il peut y avoir un conflit d'intérêts entre États. Il arrive souvent qu'une personne soit acceptée comme réfugiée dans un pays et y ait donc sa résidence habituelle puis trouve un emploi dans un autre pays et y vive quelque temps. Si l'on supprime le mot « habituelle », la question qui se pose est de savoir quel État aura le droit d'intervenir, le cas échéant, en sa faveur : l'État où il se trouve ou l'État où il réside habituellement ? Il faudrait être clair à ce sujet.

36. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) fait observer qu'il a signalé dans son rapport que des divergences d'opinions s'étaient manifestées à propos des critères à retenir pour qu'un réfugié ou un apatride puisse bénéficier d'une protection diplomatique, mais qu'en fin de compte le Comité a préféré retenir les critères les plus stricts, ce qui a abouti au libellé actuel. Il comprend et respecte les vues qui ont été exprimées par certains membres mais, étant donné que l'article 7 traite d'exceptions à la règle fondamentale de la protection diplomatique, selon laquelle le droit d'exercer cette protection revient à l'État de nationalité, on entre dans le domaine du développement progressif et la question est de savoir jusqu'où la Commission veut aller. Il ne faut pas oublier par ailleurs qu'il s'agit encore de l'examen en première lecture. Les vues minoritaires pourraient être consignées dans le commentaire.

37. M. SIMMA dit que, si les membres qui ont soulevé le problème acceptent la proposition du Président du Comité de rédaction, lui-même ne s'exprimera pas davantage à ce sujet. Le Comité de rédaction s'est efforcé d'aboutir au meilleur compromis possible.

38. M. GALICKI partage l'avis du Président du Comité de rédaction et de M. Simma. Il ne faut pas oublier que l'article 7 traite d'une exception très particulière à la règle relative à la protection diplomatique. Le libellé en a été soigneusement étudié. Les critères spécifiés ne sont pas si exigeants que cela. Ils sont comparables à ceux re-

quis pour l'acquisition de la nationalité. S'agissant de la protection diplomatique, il importe de conserver pour les réfugiés et les apatrides les mêmes critères que pour les nationaux. M. Galicki fait observer que le droit d'exercer la protection diplomatique à l'égard de réfugiés ou d'apatrides sera toujours contesté par d'autres États et qu'il serait intéressant de connaître l'opinion des États sur ce point. Il serait donc plus sage de conserver le libellé actuel en attendant que les États aient exprimé leurs vues.

39. M. KAMTO dit que le projet d'article 7 ne codifie pas une règle coutumière, laquelle n'existe pas en la matière – et pose aux juristes un vrai problème intellectuel. En premier lieu, il renverse la charpente même du droit de la protection diplomatique en faisant abstraction de la nationalité alors que celle-ci est la condition de mise en œuvre dudit droit. En deuxième lieu, il donne la possibilité à un État d'invoquer une violation du droit international sur la base d'un instrument juridique – en particulier dans le cas d'un traité bilatéral – auquel il n'est pas partie. En troisième lieu, il est censé régler un problème que chaque État peut régler par le biais de sa législation nationale relative à l'octroi de la nationalité. Aller au-delà de la formulation retenue par le Comité de rédaction et supprimer l'adjectif « habituelle » serait faire œuvre de développement « intempestif » et non progressif du droit international.

40. M. DAOUDI se dit favorable au maintien du texte en l'état, parce qu'il ne faut pas confondre la protection diplomatique et la protection des droits de l'homme. Cette disposition relève du développement progressif du droit international et le Comité de rédaction a été guidé par le principe qu'il ne faudrait pas accorder au réfugié ou à l'apatride un traitement plus favorable que celui réservé au national, donc ne pas le dispenser de l'exigence d'effectivité applicable en matière de nationalité, sans compter des situations concrètes complexes telle que celles où une personne a le statut de réfugié dans un État et sa résidence habituelle dans un autre. Les critères appliqués par le Comité de rédaction correspondent bien au compromis réalisé au sein de la Commission à la session précédente.

41. M. BROWNLIE dit que l'hypothèse libérale pose des problèmes dans sa confrontation aux faits, surtout lorsqu'il s'agit des situations de réfugiés. Dans bon nombre de situations catastrophiques, les victimes sont non seulement les réfugiés mais aussi le gouvernement et la population du pays qui les accueille et qui est souvent un pays en développement. Qui plus est, les courants de réfugiés ne sont pas nécessairement tous le produit d'une intolérance ou d'une mauvaise gouvernance dans le pays d'origine. Pourquoi faudrait-il donc partir de l'hypothèse que le réfugié veut nécessairement hâter le relâchement de ses liens avec l'État qu'il vient de quitter ? Il est difficile de créer des normes à partir de situations très spécifiques telles que celle des juifs allemands, d'autant plus que, même dans ce cas, lorsqu'il s'est agi de régler les questions de propriétés, les réfugiés juifs ont souvent insisté sur le fait qu'ils demeuraient des nationaux allemands que le régime nazi avait illégalement dépouillés de leur nationalité. Lier l'ensemble de la question de la nationalité en tant que telle à la question du statut de réfugiés risque de mener à une situation où même l'acquisition de ce modeste statut deviendra plus difficile.

42. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que M. Koskenniemi a raison sur le plan moral mais que les observations d'autres membres de la Commission ainsi que les vues des États exprimées à la Sixième Commission obligent à une certaine prudence. En l'état, cette disposition représente un compromis qui n'a pas été facile à réaliser et une formulation plus libérale serait inacceptable aussi bien pour la Commission que l'Assemblée générale.

43. Le PRÉSIDENT dit que, compte tenu des observations du Rapporteur spécial et du Président du Comité de rédaction, la Commission voudra peut-être conserver le projet d'article 7 en l'état et indiquer dans le commentaire qu'un nombre non négligeable, ou significatif, de membres a soulevé cette question et a insisté sur la nécessité de veiller à ce que les personnes visées par cette disposition ne soient pas indûment lésées par l'emploi du terme « habituelle ».

44. M. KOSKENNIEMI se demande si l'opposition entre la référence aux faits et la référence aux concepts est si pertinente. Lorsqu'elle l'est, il se range lui-même systématiquement du côté des faits. Toutefois, les situations de réfugiés sont certes très différentes et doivent être examinées séparément, mais tel est précisément l'objet visé par le système que l'on veut édifier, et qui est de nature discrétionnaire, à savoir que c'est aux États qu'il appartient de décider s'ils prennent fait et cause pour quelqu'un. Pourquoi, dans ces conditions, poser un empêchement absolu de prendre fait et cause pour des réfugiés ? Il en va de même pour l'opposition entre règle et exception, dont les deux termes peuvent être facilement inversés. L'on pourrait très bien considérer que l'ensemble du projet a trait à la grande règle selon laquelle c'est à l'État qu'il appartient de décider s'il exerce ou non la protection diplomatique, l'exception – à interpréter de manière stricte – étant qu'il ne peut le faire qu'à l'égard de ses propres nationaux. Il n'est donc pas nécessairement vrai que le projet d'article 7 traite d'une exception qui, pour on ne sait quelle raison métaphysique, doit être interprétée de manière limitative, cette limitation coïncidant en l'occurrence avec le fait d'abandonner les réfugiés à leur sort.

45. Le PRÉSIDENT est d'avis que les vues exprimées portent plutôt sur la raison d'être de la règle fondamentale de la protection diplomatique et la mesure dans laquelle cette règle doit rester du ressort de l'État et ne pas être abordée dans l'optique individuelle des droits de l'homme, aussi importante que soit cette dernière.

46. M. SIMMA, se référant à l'exemple de la situation des juifs allemands réfugiés en France ou en Suisse dans les années 30, se demande s'il était réaliste, ou même envisageable, de demander à ces deux pays non seulement de laisser entrer ces réfugiés, ce qui n'était pas chose facile, mais en plus d'exercer à leur égard la protection diplomatique contre l'Allemagne nazie. Certes, les choses ont évolué depuis et la « pensée droits de l'homme » s'est répandue partout, mais l'on peut encore trouver des exemples de pays où des problèmes graves de droits de l'homme se posent, mais à l'égard desquels les pays voisins, et le reste du monde, adoptent une attitude très prudente. En l'état, le projet d'article 7 représente un équilibre raisonnable dont ne sont pas absentes les motivations relatives aux droits de l'homme. Peut-être conviendrait-il de com-

pléter la proposition du Président par une question précise à ce sujet qui serait posée aux États Membres.

47. M. Sreenivasa RAO partage le point de vue de M. Simma.

48. M. BROWNLIE fait remarquer que M. Koskenniemi n'a pas été le seul à s'exprimer sur la question des principes et que, dans ses réflexions sur les faits, la question des principes n'apparaît pas aussi clairement qu'il le pense. Il faut donc préciser aussi dans le commentaire que, si certains membres ont posé la question des principes, d'autres ont estimé que, au vu des faits, se fonder uniquement sur les principes n'est pas justifié.

49. M. KAMTO rappelle que la disposition à l'examen avait d'abord suscité une forte opposition avant que les choses n'évoluent et que l'on aboutisse à la formulation actuelle, qui a été appuyée par la majorité du Comité de rédaction. Il n'y a donc pas de raison d'inclure dans le commentaire de cette disposition telle ou telle opinion, d'autant plus que toutes les opinions exprimées sont consignées dans les comptes rendus de séance. Par ailleurs, si les faits prévalent sur les concepts, les concepts structurent les faits et guident le travail de codification. L'on ne saurait changer les règles de la protection diplomatique à cause de circonstances particulières.

50. M. DAOUDI se dit en accord avec M. Kamto.

51. Le PRÉSIDENT rappelle qu'il n'est pas inhabituel, au stade de la première lecture, de signaler dans le commentaire les divergences de vues qui ont pu se manifester au sein de la Commission. Il propose donc de conserver le texte en l'état, d'indiquer dans le commentaire qu'un nombre non négligeable (ou qualifié autrement) de membres était favorable à la suppression de l'adjectif « habituelle », indication qui serait suivie d'un résumé des arguments pour et contre, et de solliciter les vues des États sur ce sujet par le biais d'une question adressée à la Sixième Commission.

Il en est ainsi décidé.

52. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a ainsi achevé l'examen en première lecture des projets d'articles 1 à 5 et 7.

53. M. TOMKA demande si le Comité de rédaction ne pourrait pas revoir le titre de l'article premier, qui, à son avis, devrait plutôt s'intituler « Définition » ou « Définition et champ d'application », ce qui rendrait mieux compte de son contenu.

54. Le PRÉSIDENT dit que le Comité de rédaction se penchera sur cette question lorsqu'il se réunira pour revoir le projet d'article 6.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 11 h 25.

2732e SÉANCE

Vendredi 7 juin 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Kuznetsov, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Protection diplomatique[1] *(fin)* [A/CN.4/514[2], A/CN.4/521, sect. C, A/CN.4/523 et Add.1[3]), A/CN.4/L.613 et Rev.1]

[Point 4 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION *(fin)*

1. Le PRÉSIDENT rappelle qu'à la séance précédente la Commission a prié le Comité de rédaction de revoir le titre du projet d'article premier du projet sur la protection diplomatique, ainsi que le texte du projet d'article 6. Copie du titre et du texte mis au point par le Comité de rédaction la veille dans l'après-midi (A/CN.4/L.613/Rev.1)vient d'être distribuée aux membres de la Commission.

2. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction s'est réuni brièvement la veille après l'ajournement de la plénière pour examiner la proposition faite par M. Gaja tendant à modifier le projet d'article 6, ainsi qu'une proposition de M. Tomka touchant le titre du projet d'article premier.

3. En ce qui concerne le projet d'article 6, intitulé « Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité », le Comité était saisi d'une proposition qui s'inspirait de celle faite en plénière (2731e séance, par. 9 à 28), tendant à ajouter, à la fin du paragraphe 1, le texte suivant : « tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée ». Le paragraphe 2 serait donc supprimé.

4. Le Comité de rédaction a estimé que l'on pouvait donner différentes interprétations du mot « antérieur » employé au paragraphe 3 du projet d'article 4. Cet adjectif suggérait la perte de la nationalité, mais on pouvait lui donner une autre interprétation, au risque de produire

[1] Pour le texte des projets d'articles 1 à 9 proposés par le Rapporteur spécial dans son premier rapport, voir *Annuaire... 2000*, vol. I, 2617e séance, par. 1, p. 38 et 39.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (1re partie).

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

alors un chevauchement avec le projet d'article 6. On a pensé que l'amendement proposé, tout en répondant au souci de l'actuel paragraphe 2, éviterait ce problème parce que, à moins que l'intéressé ne possédât la nationalité de l'État au moment où le dommage était causé, cet État ne pouvait exercer la protection diplomatique.

5. Le Comité de rédaction a décidé d'accepter la proposition de façon à préciser le projet d'article 6. C'est pourquoi le paragraphe 2 existant serait supprimé et le projet d'article 6 proposé par le Comité de rédaction se lirait comme suit :

> « Un État de nationalité ne peut exercer la protection diplomatique à l'égard d'une personne contre un État dont cette personne est également un national, à moins que la nationalité prédominante de celui-ci soit celle du premier État en question tant au moment où le dommage a été causé qu'à la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée. »

Le titre du projet d'article 6 demeure inchangé.

6. Le Président du Comité de rédaction rappelle qu'à la dernière séance plénière il a été proposé d'examiner un nouveau titre pour le projet d'article premier déjà adopté par la Commission. Le Comité de rédaction a convenu que le projet d'article premier comprenait quelques éléments de définition. Il a envisagé comme titres « Définition et champ d'application » et « Nature et champ d'application » pour finalement retenir le premier, qui était plus exact. Le Comité propose donc d'intituler le projet d'article premier « Définition et champ d'application ».

7. Enfin, le Comité de rédaction a pris acte de certaines des suggestions faites en plénière au sujet de corrections techniques à apporter aux projets d'article et prié le Secrétariat de prendre ces corrections en compte lorsqu'il établirait la nouvelle version du projet.

8. Pour conclure, le Président du Comité de rédaction recommande à la Commission d'adopter le projet d'article 6 tel qu'il a été modifié, ainsi que le nouveau titre du projet d'article premier.

9. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'entend pas d'objections il considérera que la Commission adopte le titre du projet d'article premier proposé par le Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

10. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'entend pas d'objections il considérera que la Commission adopte le projet d'article 6 tel qu'il a été révisé.

Il en est ainsi décidé.

11. Le PRÉSIDENT dit que la Commission a ainsi conclu l'adoption en première lecture des projets d'articles 1 à 7 sur la protection diplomatique.

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

[Point 2 de l'ordre du jour]

12. Le PRÉSIDENT dit que la Commission achève ainsi ses travaux pour la première partie de sa cinquante-quatrième session. La première séance plénière de la seconde partie de sa session se tiendra le lundi 22 juillet 2002 à 15 heures.

La séance est levée à 10 h 15.

---

[*] Reprise des débats de la 2727e séance.

COMPTES RENDUS ANALYTIQUES DES SÉANCES DE LA SECONDE PARTIE DE LA CINQUANTE-QUATRIÈME SESSION

tenue à Genève du 22 juillet au 16 août 2002

2733e SÉANCE

Lundi 22 juillet 2002, à 15 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Tomka, M. Yamada.

Les réserves aux traités[1] *(suite*)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION

1. Le PRÉSIDENT déclare ouverte la seconde partie de la cinquante-quatrième session de la Commission et invite M. Yamada à présenter le rapport du Comité de rédaction sur les réserves aux traités (A/CN.4/L.614).

2. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) dit que le Comité de rédaction a tenu trois séances sur le sujet du 21 au 23 mai 2002. Il a examiné 14 projets de directive, dont 13 lui avaient été renvoyés lors de la précédente session et un (2.1.7 *bis*) à la session en cours. Ces projets figurent dans le deuxième « chapitre » du Guide de la pratique relatif à la procédure. Le Comité de rédaction en a proposé 11, libellés comme suit (le numéro entre crochets indique le numéro de ce projet de directive dans le rapport du Rapporteur spécial ou, le cas échéant, le numéro original d'un projet de directive figurant dans le rapport du Rapporteur spécial qui a été incorporé au projet de directive final) :

2 ***Procédure***

2.1 ***Forme et notification des réserves***

2.1.1 ***Forme écrite***

Une réserve doit être formulée par écrit.

2.1.2 ***Forme de la confirmation formelle***

La confirmation formelle d'une réserve doit être faite par écrit.

2.1.3 ***Formulation d'une réserve au plan international***

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités, une personne est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour formuler une réserve :

***a*) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de l'adoption ou de l'authentification du texte du traité à l'égard duquel la réserve est formulée ou de l'expression du consentement de l'État ou de l'organisation à être lié par ce traité; ou**

***b*) S'il ressort de la pratique ou d'autres circonstances qu'il était de l'intention des États et des organisations internationales concernés de considérer cette personne comme ayant compétence à cette fin sans présentation de pleins pouvoirs.**

2. En vertu de leurs fonctions et sans avoir à produire de pleins pouvoirs, sont considérés comme représentant un État pour formuler une réserve au plan international :

***a*) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;**

***b*) Les représentants accrédités par les États à une conférence internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette conférence;**

***c*) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour la formulation d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;**

***d*) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour la formulation d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.**

---

* Reprise des débats de la 2721e séance.

[1] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

2.1.4 [2.1.3 *bis*, 2.1.4] *Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves*

1. La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une réserve relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

2. Le fait qu'une réserve ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette réserve.

2.1.5 *Communication des réserves*

1. Une réserve doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

2. Une réserve à un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou à un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] *Procédure de communication des réserves*

1. À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractants n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise :

***a*) S'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur de la réserve aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et aux autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou,**

***b*) S'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations auxquels elle est destinée.**

2. Une communication relative à une réserve n'est considérée comme ayant été faite par l'auteur de la réserve qu'à partir de sa réception par l'État ou l'organisation auquel elle est transmise ou, le cas échéant, par le dépositaire.

3. Lorsqu'une communication relative à une réserve à un traité est effectuée par courrier électronique, ou par télécopie, elle doit être confirmée par note diplomatique ou notification dépositaire.

2.1.7 *Fonctions du dépositaire*

1. Le dépositaire examine si une réserve à un traité formulée par un État ou une organisation internationale est en bonne et due forme.

2. Lorsqu'une divergence apparaît entre un État ou une organisation internationale et le dépositaire au sujet de l'accomplissement de cette fonction, le dépositaire doit porter la question à l'attention :

***a*) Des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes;**

***b*) Le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause.**

2.1.8 [2.1.7 *bis*] *Procédure en cas de réserves manifestement [illicites]*

1. Lorsqu'une réserve est manifestement [illicite] de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, cette [illicéité].

2. Si l'auteur de la réserve maintient celle-ci, le dépositaire en communique le texte aux États et organisations internationales signataires ainsi qu'aux États et organisations internationales contractants en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

2.4.1 *Formulation des déclarations interprétatives*

Une déclaration interprétative doit être formulée par une personne qui est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou l'authentification du texte d'un traité ou pour exprimer le consentement d'un État ou d'une organisation internationale à être lié par un traité.

[2.4.2 [2.4.1 *bis*] *Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne*

1. La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre au plan interne pour formuler une déclaration interprétative relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

2. Le fait qu'une déclaration interprétative ait été formulée en violation d'une disposition du droit interne d'un État ou des règles d'une organisation internationale concernant la compétence et la procédure de formulation des déclarations interprétatives ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant cette déclaration.]

[2.4.3 [2.4.2, 2.4.9] *Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles*

1. Une déclaration interprétative conditionnelle doit être formulée par écrit.

2. La confirmation formelle d'une déclaration interprétative conditionnelle doit aussi être faite par écrit.

3. Une déclaration interprétative conditionnelle doit être communiquée par écrit aux États contractants et aux autres organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité.

4. Une déclaration interprétative conditionnelle portant sur un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale ou sur un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve doit en outre être communiquée à cette organisation ou à cet organe.]

3. Les projets de directives 2.1 à 2.1.4 traitent de la forme et de la formulation des réserves. Les projets de directives 2.1.5 et 2.1.6 traitent de la procédure de communication des réserves. Les projets de directives 2.1.7 et 2.1.8 traitent des fonctions du dépositaire. Les projets de directives 2.4.1 et 2.4.2 traitent de la formulation des déclarations interprétatives. Enfin, le projet de directive 2.4.3 a trait à la formulation et à la communication des déclarations interprétatives conditionnelles.

PROJET DE DIRECTIVE 2.1.1 (Forme écrite)

4. Le projet de directive 2.1.1 a été adopté sans modification à titre provisoire par le Comité de rédaction, tel qu'il avait été originellement proposé par le Rapporteur spécial. Son libellé est tiré du paragraphe 1 de l'article 23 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

PROJET DE DIRECTIVE 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle)

5. Le Comité de rédaction s'est demandé pour commencer si le libellé proposé par le Rapporteur spécial, qui laissait entendre qu'une confirmation formelle n'était pas toujours nécessaire, devait être révisé. Il a opté pour une formule plus succincte et concise qui, bien entendu, ne donne pas non plus à entendre qu'une confirmation formelle soit toujours nécessaire. Il est simplement dit que la confirmation formelle devrait être faite par écrit, étant entendu qu'elle peut ne pas être toujours nécessaire. Cette condition de forme écrite est également tirée des paragra-

phes 1 et 2 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

PROJET DE DIRECTIVE 2.1.3 (Formulation d'une réserve au plan international)

6. Le projet de directive 2.1.3 se présentait à l'origine sous deux formes dans le sixième rapport du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités (par. 69 et 70)[3], l'une courte et l'autre longue. Le Comité de rédaction a décidé de se concentrer sur la version longue qui était plus explicite et détaillée. Il a estimé qu'eu égard à la visée pédagogique et concrète du Guide de la pratique il était utile d'y faire figurer des directives claires et détaillées.

7. Dans sa première version, le projet de directive faisait référence à « toute personne [qui] a compétence pour formuler une réserve au nom [d'un] État ou [d'une] organisation internationale ». On se rappellera qu'il y a eu un débat en séance plénière sur cette « compétence » et l'usage de ce terme dans ce contexte. En effet, le libellé de cette directive est tiré de l'article 7 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 qui est intitulé « Pleins pouvoirs » et où l'on n'emploie pas le mot « compétence ». On a fait valoir que le mot « compétence » pouvait être ambigu dans la mesure où il pouvait également se référer aux institutions internes qui élaborent la réserve avant qu'elle ne soit exprimée au plan international. Plusieurs autres expressions ont été examinées par le Comité de rédaction (par exemple « une personne autorisée », « habilitée », « a la capacité », « peut ») mais elles ont toutes été finalement rejetées parce que leurs répercussions excédaient le cadre de la directive ou qu'elles n'exprimaient pas de manière satisfaisante l'idée même qui sous-tendait celle-ci.

8. D'un autre côté, l'article 7 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 se référait aux pleins pouvoirs au sens de la représentation d'un État ou d'une organisation internationale par une personne pour adopter ou authentifier le texte d'un traité ou pour exprimer le consentement de l'État ou de l'organisation internationale à être lié par le traité. Le Comité de rédaction a donc décidé d'aligner plus précisément le projet de directive (par. 1 et 2) sur le libellé de l'article 7 des Conventions de Vienne, en ayant à l'esprit que cette représentation concernerait désormais la formulation d'une réserve plutôt que l'adoption ou l'authentification du traité ou l'expression du consentement à être lié par un traité. Dans la pratique, bien entendu, il est habituel que ces deux fonctions se confondent car (sauf dans le cas d'une réserve tardive) les réserves sont formulées précisément à ces moments-là et le plus fréquemment au moment de l'expression du consentement à être lié par un traité.

9. Au paragraphe 1, la clause de sauvegarde « sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités » a été conservée afin de tenir compte de toute pratique particulière des dépositaires.

10. Une autre question se posait à propos de l'alinéa *d* du paragraphe 2, qui était à l'origine placé entre crochets. Malgré les doutes exprimés en plénière quant à son maintien, le Comité de rédaction a décidé de conserver ce paragraphe qui correspond presque exactement à l'alinéa *d* du paragraphe 2 de l'article 7 de la Convention de Vienne de 1986.

11. Enfin, le titre de ce projet de directive a été modifié. Il s'intitule désormais « Formulation d'une réserve au plan international » pour donner une image exacte de son contenu et des modifications qui y ont été apportées par suite de la suppression du mot « compétence ».

PROJET DE DIRECTIVE 2.1.4 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves)

12. Le projet de directive 2.1.4 se compose en principe des directives originelles 2.1.3 *bis* (qui constitue désormais le paragraphe 1 de la nouvelle directive) et 2.1.4 (dorénavant le paragraphe 2), le titre de la directive originelle 2.1.4 devenant l'intitulé de la nouvelle directive.

13. Les membres se rappelleront qu'il y a eu quelques hésitations en séance plénière à propos de la directive 2.1.3 *bis*, que plusieurs d'entre eux jugeaient superflue. On a aussi estimé qu'elle exprimait une idée absente des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, ou encore qu'elle énonçait un truisme. Le Comité de rédaction a décidé d'examiner le sort à réserver à cette directive après avoir examiné le projet de directive 2.1.4.

14. Concernant cette dernière directive, deux tendances se sont dégagées au sein du Comité de rédaction. Selon une opinion, elle était elle aussi superflue et devait être supprimée. On a souligné qu'une réserve formulée en violation d'une disposition du droit interne pouvait toujours être retirée et que cette directive était inutile. À la rigueur, on pouvait faire état de cette idée dans le commentaire.

15. Selon l'autre opinion, cette directive (qui s'inscrivait dans la ligne de l'article 46 des Conventions de Vienne) était nécessaire car elle servait à éclaircir un point important, à savoir qu'un État ou une organisation internationale ne peut invoquer le fait qu'une réserve a été formulée en violation d'une disposition du droit interne de cet État ou des règles de cette organisation relatives à la compétence et aux procédures en matière de formulation des réserves pour la considérer comme non valable. Cette directive était d'autant plus utile que les règles internes concernant la compétence et la procédure en matière de formulation des réserves étaient ésotériques et absconses pour les tierces parties. De plus, même si une réserve formulée en violation des règles internes pouvait toujours être retirée, ce retrait n'aurait pas d'effet rétroactif et, par conséquent, la nécessité de cette directive était évidente.

16. Cette seconde opinion l'a finalement emporté puis, lorsque l'on est revenu à la directive 2.1.3 *bis*, la question de son maintien ou de sa suppression s'est posée. Là encore, deux opinions se sont dégagées au sein du Comité de rédaction, l'une tendant à supprimer la directive 2.1.3 *bis* et à en rendre l'idée dans le commentaire se rapportant à la directive 2.1.4 et l'autre favorable à son maintien au motif que, même si elle paraissait aller de soi, il n'y avait aucun mal à exprimer cette idée dans le cadre d'un guide de la pratique concret et facile à utiliser. De surcroît, si on la conservait, cette directive pouvait être fusionnée avec la directive 2.1.4. Cette seconde opinion a prévalu.

[3] Voir 2719e séance, note 10.

17. Le Comité de rédaction a apporté quelques modifications à la rédaction originelle, consistant principalement à remplacer dans la version anglaise le mot « *body* » qui figurait dans la première phrase du projet de directive 2.1.3 *bis* par le mot « *authority* », et en insérant les mots « des règles pertinentes » avant les mots « de chaque organisation internationale ».

PROJET DE DIRECTIVE 2.1.5 (Communication des réserves)

18. Le projet de directive 2.1.5 suit étroitement le paragraphe 1 de l'article 23, de même que le paragraphe 3 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986.

19. Le Comité de rédaction a longuement débattu de l'emploi du terme « délibérant » dans le paragraphe 2. Ce terme a été relevé dans le rapport du Secrétaire général intitulé « Réserves aux conventions multilatérales : Convention relative à la création de l'Organisation intergouvernementale consultative de la navigation maritime »[4] et le Rapporteur spécial l'avait utilisé dans la première version de cette directive. On a toutefois fait valoir qu'il posait un problème, en particulier quant à sa signification exacte lorsqu'on l'interprétait à la lumière du membre de phrase qui le précédait (« un traité en vigueur qui est l'acte constitutif d'une organisation internationale »). À cet égard, il convient de rappeler que certaines délégations à la Sixième Commission avaient déjà demandé des éclaircissements (voir à ce sujet le résumé thématique établi par le Secrétariat du débat tenu par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-sixième session [A/CN.4/521, par. 50]). Le Comité de rédaction a donc décidé de supprimer l'adjectif « délibérant », de sorte que le membre de phrase se lit désormais ainsi : « ou à un traité qui crée un organe ayant qualité pour accepter une réserve ». Les mots « à un traité » ont également été ajoutés après « ou » par souci de clarté.

20. Enfin, il convient de rappeler que les mots « un traité en vigueur » signifient a priori que la communication de réserves aux commissions préparatoires est exclue. Ceci reflète le sentiment général qui s'est dégagé à ce sujet au cours du débat en plénière.

PROJET DE DIRECTIVE 2.1.6 (Procédure de communication des réserves)

21. Le projet de directive 2.1.6 est étroitement inspiré des articles 78 et 79, respectivement, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. De même, le paragraphe 1 de ce projet de directive suit le paragraphe 1 de l'article 78 de la Convention de Vienne de 1986 intitulé « Fonctions des dépositaires ».

22. L'alinéa *a* du paragraphe 1 suit également le projet de directive 2.1.5 dans sa référence aux « États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et aux autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties ». L'alinéa *b* est demeuré en l'état, tel que l'avait proposé à l'origine le Rapporteur spécial.

23. Le Comité de rédaction a par ailleurs estimé que le dernier paragraphe du projet de directive proposé par le Rapporteur spécial devrait être conservé afin de donner une orientation claire aux usagers du Guide de la pratique. Il a été légèrement modifié pour mieux rendre compte de la pratique actuelle des dépositaires. Lorsqu'une communication est effectuée par courrier électronique ou par télécopie, elle doit être confirmée par note diplomatique ou notification dépositaire.

24. Le paragraphe 2 du projet de directive 2.1.6 était à l'origine le projet de directive 2.1.8. Le Comité de rédaction a pensé que ces deux directives pouvaient être fusionnées dans la mesure où elles se référaient toutes deux à la procédure de communication des réserves. La seule modification apportée au texte originel (tel qu'il figure dans la directive 2.1.8 antérieure) a consisté à ajouter le dernier membre de phrase : « ou, le cas échéant, par le dépositaire ». Cet ajout a été jugé nécessaire afin d'en harmoniser le libellé avec celui de l'alinéa *b* de l'article 79 de la Convention de Vienne de 1986 et, bien entendu, d'inclure le cas de figure dans lequel il existe un dépositaire.

PROJET DE DIRECTIVE 2.1.7 (Fonctions du dépositaire)

25. Le projet de directive 2.1.7 est fondé sur le paragraphe 2 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969 et le paragraphe 2 de l'article 78 de la Convention de Vienne de 1986. Le paragraphe 1 s'inspire de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969 et de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 78 de la Convention de Vienne de 1986. Il convient de noter la distinction qui est faite entre le groupe des États et organisations (les États et organisations signataires et contractants) à l'attention desquels est portée une divergence entre un État ou une organisation et le dépositaire, d'une part, et le groupe d'États et d'organisations auquel la réserve est communiquée, d'autre part (les États et organisations contractants et autres États et organisations ayant qualité pour devenir parties au traité).

26. Cette distinction, toutefois, découle des Conventions de Vienne elles-mêmes et est justifiée par le fait qu'une telle divergence entre le dépositaire et un État ou une organisation internationale concernant l'exercice des fonctions de dépositaire ne concerne que la « communauté de traité » au sens strict, établie par le traité, c'est-à-dire les États et organisations internationales signataires et contractants. Cette explication pourrait également figurer dans le commentaire.

27. Le libellé de ce projet de directive ne s'écarte pratiquement pas du texte originellement proposé par le Rapporteur spécial. Toutefois, dans une note sur le paragraphe 1 du projet de directive 2.1.7 adopté par le Comité de rédaction (A/CN.4/L.623), celui-ci a fait de nouvelles propositions sur le projet de directive 2.1.7 qui devraient être examinées en séance plénière.

PROJET DE DIRECTIVE 2.1.8 (Procédure en cas de réserves manifestement [illicites])

28. Le projet de directive 2.1.8 est le projet de directive 2.1.7 *bis* tel qu'il a été proposé à l'origine par le Rapporteur spécial dans son septième rapport (par. 46). On se rappellera que la Commission a eu un débat approfondi en plénière sur ce projet de directive avant de le renvoyer au Comité de rédaction.

[4] A/4235, par. 21.

29. L'un des principaux problèmes tenait à l'expression « *manifestly [impermissible]* » (« manifestement [illicite] ») figurant dans le titre et le paragraphe 1. Au cours d'une longue discussion, deux tendances se sont fait jour au sein du Comité de rédaction. Selon la première opinion, qui l'a finalement emporté, il fallait maintenir l'expression « *manifestly impermissible* », le mot « *impermissible* » devant toutefois être placé entre crochets. Le sens de ces crochets était qu'il fallait pousser plus avant la réflexion sur ce mot (et son équivalent français : illicéité) avant de décider du mot à retenir en français comme en anglais. Le principal problème (s'agissant en particulier du mot français « illicéité ») était que son emploi ne devait laisser supposer aucune relation avec la responsabilité internationale dans le contexte de laquelle le mot « illicéité » est utilisé. Ce problème a déjà été soulevé en séance plénière. Il a été proposé d'employer d'autres termes (tels que « non valable » ou « inacceptable » ou encore « inadmissible ») mais le Comité de rédaction a finalement décidé de s'en tenir provisoirement à la terminologie actuelle sous réserve d'une réflexion plus approfondie. Bien entendu, il convient de noter que le mot « *impermissible* » (« illicite » en français) est placé entre crochets tant dans l'intitulé que dans la première phrase; c'est pourquoi « *impermissibility* » (« illicéité ») à la fin du paragraphe 1 est également mis entre crochets.

30. D'après l'autre opinion, il fallait éviter dans le paragraphe 1 de cette directive l'expression « *manifestly impermissible* » (« manifestement illicite ») et reproduire plus fidèlement le libellé des alinéas *a* et *c* de l'article 19 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986. La directive ne devait mentionner que les réserves interdites ou les réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité. Cette opinion, qui n'était pas sans fondement, a été examinée de manière approfondie par le Comité de rédaction mais c'est finalement la première, plus simple et plus économique, qui l'a emporté.

31. En ce qui concerne le paragraphe 2, on se rappellera que c'est le dernier membre de phrase « en y joignant le texte de l'échange de vues qu'il a eu avec l'auteur de la réserve » qui a suscité de nombreuses questions et provoqué des divergences de vues. Le Comité de rédaction a jugé que le texte originel risquait d'avoir des répercussions considérables ou de devenir l'objet de controverses. C'est pourquoi il a décidé de remplacer ce membre de phrase par une formulation plus prudente : « en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve ». On a pensé que ce libellé établissait un bon équilibre entre le rôle traditionnel du dépositaire, d'une part, et la position des États et l'intégrité du traité, d'autre part.

32. Le titre de ce projet de directive est désormais « Procédure en cas de réserves manifestement [illicites] », ce qui correspond davantage à la teneur de la directive et de la section dans laquelle elle est placée.

PROJET DE DIRECTIVE 2.4.1 (Formulation des déclarations interprétatives)

33. Comme l'a souligné le Rapporteur spécial, la formulation de déclarations interprétatives n'est pas abordée dans les Conventions de Vienne. Cette directive comble donc utilement une certaine lacune de ces conventions. Le Comité de rédaction a décidé d'aligner dans toute la mesure possible cette directive sur le projet de directive 2.1.3.

34. Il convient toutefois d'avoir à l'esprit que certaines différences existent en ce sens que la procédure des déclarations interprétatives est plus souple et moins formelle. Le Comité de rédaction a décidé, pour les mêmes raisons que celles qui avaient déjà été prises en considération dans le cas du projet de directive 2.1.3, que le mot « compétente » devait être remplacé par les mots « qui est considérée comme représentant ». La même expression est employée à l'article 7 (par. 1, première phrase) commun aux Conventions de Vienne. Il y a lieu aussi de noter que cette directive porte à la fois sur les déclarations interprétatives simples et sur les déclarations interprétatives conditionnelles. L'intitulé de ce projet de directive est demeuré inchangé.

PROJET DE DIRECTIVE 2.4.2 (Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne)

35. Le projet de directive 2.4.2 était à l'origine le projet de directive 2.4.1 *bis*. Plusieurs membres en ont mis en doute l'utilité. Il a été souligné qu'il était surtout pertinent au regard des éventuelles déclarations interprétatives conditionnelles qui pouvaient aussi être englobées puisque la directive parle d'une manière générale des « déclarations interprétatives ». Toutefois, le Comité de rédaction a finalement décidé d'adopter cette directive, mais en la plaçant entre crochets. La signification à donner à ces crochets est que, si l'on conclut dans l'avenir que les déclarations interprétatives conditionnelles « se comportent » exactement comme des réserves, au point qu'elles peuvent leur être assimilées, cette directive et celle qui la suit n'auront plus aucune raison d'être.

36. L'intitulé a été modifié pour devenir « Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne », tandis que le texte n'a subi aucun changement.

PROJET DE DIRECTIVE 2.4.3 (Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles)

37. Le projet de directive 2.4.3 est le résultat d'une fusion des projets de directives 2.4.2 et 2.4.9. Ces deux directives étaient très proches et c'est pourquoi le Comité de rédaction a jugé qu'elles pouvaient aisément et économiquement former une seule directive. Celle-ci est désormais intitulée « Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles ».

38. Le paragraphe 1 reste inchangé et est aligné sur le projet de directive 2.1.1. Le paragraphe 2 a été modifié de façon à correspondre au projet de directive 2.1.2. Enfin, les deux derniers paragraphes ont aussi été modifiés de manière à correspondre au projet de directive 2.1.5. Il convient de noter de nouveau que le projet de directive 2.4.3 est également entre crochets pour la même raison que le projet de directive 2.4.2. Son maintien dépendra de la position ultérieure de la Commission sur la question globale des projets de directive relatifs aux déclarations interprétatives conditionnelles, selon qu'elle décidera qu'elles sont entièrement assimilables à des réserves ou non.

39. Pour conclure, le Président du Comité de rédaction remercie le Rapporteur spécial de ses conseils et de sa coopération ainsi que tous les membres du Comité de rédaction de leurs propositions constructives, de leur esprit de coopération et de leur participation aux travaux du Comité de rédaction. Celui-ci recommande à la Commission d'adopter les projets de directive dont elle est saisie.

40. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, se référant à la directive 2.1.8, exprime à nouveau des doutes quant à l'emploi de l'expression « manifestement illicites », rappelant que le terme « manifestement » pose le problème de l'évidence du caractère non conforme de la réserve, et que la notion d'illicéité de la réserve ne figure pas dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Il propose donc d'employer l'expression « réserves manifestement inadmissibles », qui s'entendrait au sens de « réserves non conformes à l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ».

41. S'agissant de la directive 2.4.1, il propose, dans un souci de simplification et de clarté, de modifier la première partie de la phrase comme suit : « Une déclaration interprétative doit être formulée par toute personne représentant dûment un État ou une organisation internationale », le reste demeurant inchangé.

42. M. DAOUDI relève, au paragraphe 3 de la directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves), l'expression « par note diplomatique ou notification dépositaire », qui lui paraît peu claire. Par ailleurs, il fait observer qu'alors qu'il est dit qu'une communication effectuée par courrier électronique doit être confirmée par note diplomatique ou notification dépositaire, le texte ne précise pas si la date marquant le début du délai de 12 mois mentionné au paragraphe 5 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 est celle du courrier électronique ou celle de la confirmation de celui-ci.

43. M. GAJA dit qu'il convient de distinguer entre la date où la communication relative à la réserve est faite et la date à partir de laquelle, aux termes du paragraphe 5 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, le délai de 12 mois pendant lequel les États peuvent formuler des objections à la réserve commence à courir. Pour préciser les choses, on pourrait ajouter à la fin du paragraphe 2 du projet de directive la phrase suivante : « Néanmoins, le délai pour formuler une objection à une réserve ne court, pour un État ou une organisation, qu'à partir de la date à laquelle cet État ou cette organisation a reçu notification de la réserve ». S'agissant du projet de directive 2.1.6, il lui paraît que, d'après le texte, une communication qui est effectuée par courrier électronique est faite au moment de la réception du courrier électronique.

44. M. PELLET (Rapporteur spécial), répondant à la première observation de M. Pambou-Tchivounda, estime qu'il serait préférable de laisser en suspens, dans le projet de directive 2.1.8, le terme « illicites » figurant entre crochets. Il y aura lieu de chercher une terminologie satisfaisante une fois que la Commission aura discuté des effets du non-respect par les États des règles posées par l'article 19 des Conventions de Vienne. S'agissant du projet de directive 2.4.1, le libellé proposé par M. Pambou-Tchivounda est certes plus élégant, mais il est important, dans un souci de cohérence, de reprendre ici la formulation du projet de directive 2.1.3, laquelle est empruntée aux Conventions.

45. Répondant à M. Daoudi, le Rapporteur spécial explique que l'expression « notification dépositaire », qui peut en effet paraître déroutante, est bien l'expression officielle désignant le type de communication visée. Il précise que cette expression sera définie dans le commentaire. Par ailleurs, il appuie entièrement la proposition de M. Daoudi tendant à préciser si le délai de 12 mois court à partir de la communication de la réserve ou de sa confirmation. S'agissant de l'observation de M. Gaja, le Rapporteur spécial estime qu'en effet le paragraphe 5 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 prévoit qu'une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à l'expiration des 12 mois qui suivent soit la date à laquelle ils en ont reçu notification, soit la date à laquelle ils ont exprimé leur consentement à être liés par le traité si celle-ci est postérieure, et que donc, dans le premier cas, la réception de la notification marque le moment où le délai commence à courir, ce que ne dit pas le projet de directive 2.1.6 et qu'il faudrait néanmoins préciser.

46. Présentant ensuite sa note sur le paragraphe 1 du projet de directive 2.1.7 adopté par le Comité de rédaction, le Rapporteur spécial explique qu'en rédigeant le projet de directive il a fait une erreur de raisonnement qu'il souhaite corriger. En effet, le projet de directive 2.1.7, consacré aux fonctions du dépositaire, s'inspire très largement de l'article 78 de la Convention de Vienne de 1986. Celui-ci prévoit, à l'alinéa *d* du paragraphe 1, qu'en cas de problème de forme le dépositaire doit porter la question à l'attention de l'État ou de l'organisation internationale en cause. Au paragraphe 2, il est précisé qu'en cas de désaccord entre l'État ou l'organisation internationale et le dépositaire, celui-ci doit porter la question à l'attention des États et organisations signataires ainsi que des États contractants et des organisations contractantes ou, le cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause. Le Rapporteur spécial avait estimé que ces deux dispositions faisaient double emploi mais, en fait, la première prévoit de signaler un point au réservataire, et la seconde de signaler ce point aux autres États ou organisations intéressées. Dans le projet de directive 2.1.7, la première hypothèse n'est pas mentionnée, et c'est pourquoi il propose au paragraphe 6 de sa note d'adopter une formule calquée sur celle de l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 78 de la Convention. Il est en effet logique, dans la mesure où le texte s'inspire systématiquement de la Convention de Vienne, de la reprendre aussi sur ce point.

47. Le PRÉSIDENT estime justifiées les modifications proposées. Dans la mesure où il s'agit de problèmes de rédaction sans incidence sur le fond, elles pourraient être traitées lors d'une réunion informelle du Comité de rédaction, si les membres de la Commission en sont d'accord.

48. Par ailleurs, s'exprimant en tant que membre de la Commission, il fait observer qu'il ressort du commentaire du Comité de rédaction relatif au projet de directive 2.4.2 placé entre crochets que l'on est quasiment obligé d'apporter la preuve indubitable que les déclarations interprétatives conditionnelles sont assimilables à des réserves.

Il faut éviter d'ouvrir la voie à des réserves déguisées, ce qui ne serait pas souhaitable. Il vaudrait mieux utiliser tout simplement comme critère le fait que ces déclarations interprétatives conditionnelles ont en substance le même effet que les réserves.

49. M. MANSFIELD partage la préoccupation du Président sur ce point et dit qu'il faudrait réfléchir à la question de savoir s'il serait utile d'autoriser des réserves déguisées, et qu'il s'agit là d'une question importante.

La séance est levée à 16 h 45.

2734e SÉANCE

Mardi 23 juillet 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Tomka, M. Yamada.

Hommage à la mémoire de José Sette Câmara

1. Le PRÉSIDENT dit avoir une mauvaise nouvelle à annoncer : José Sette Câmara, universitaire, diplomate et spécialiste du droit international brésilien est décédé il y a un mois. José Sette Câmara a servi son pays en qualité d'ambassadeur, de représentant permanent auprès de l'Organisation des Nations Unies et à bien d'autres titres. On se souviendra aussi qu'il a été l'auteur de divers ouvrages de droit international. Il a siégé à la Commission du droit international de 1970 à 1978, puis à la Cour internationale de Justice de 1979 à 1987. Sa disparition représente une perte immense pour le droit international et pour tous ceux qui l'ont connu personnellement.

À l'invitation du Président, les membres de la Commission observent une minute de silence.

2. M. BAENA SOARES remercie les membres de la Commission pour les sentiments dont le Président vient de se faire l'écho et qu'il se charge de transmettre à la famille de José Sette Câmara.

Les réserves aux traités[1] *(suite)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU COMITÉ DE RÉDACTION[3] *(fin)*

3. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) dit que, conformément aux instructions données par la Commission à la séance précédente, le Comité de rédaction a tenu des consultations officieuses pour examiner un certain nombre de questions. Premièrement, il a examiné la proposition du Rapporteur spécial d'ajouter un membre de phrase au projet de directive 2.1.7 (Fonctions du dépositaire). Il a estimé que cette adjonction était pleinement justifiée et recommande donc l'adoption du projet de directive 2.1.7 tel qu'il a été modifié et figure sous la cote A/CN.4/L.623.

4. Deuxièmement, le Comité a examiné le projet de directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) à la lumière des propositions concernant les précisions à donner sur le délai pendant lequel une objection peut être formulée et le moment précis où l'on considère qu'une communication a été faite. Il estime que ces propositions ont le mérite d'apporter de nouveaux éclaircissements et d'affiner quelques points délicats touchant la procédure de communication. Aussi recommande-t-il d'adopter le projet de directive 2.1.6 assorti de quelques amendements. Après le paragraphe 2, qui se termine par les mots « par le dépositaire », un nouveau paragraphe 3 serait ajouté, ainsi conçu : « Le délai pour formuler une objection à une réserve court à partir de la date à laquelle un État ou une organisation internationale a reçu notification de la réserve ». Le paragraphe 3 actuel viendra en quatrième position, complété de la phrase suivante : « Dans ce cas, la communication est considérée comme ayant été faite à la date du courrier électronique ou de la télécopie ». Ce libellé va dans le sens de l'opinion majoritaire, encore qu'un membre eût préféré que la communication soit considérée comme ayant été faite à la date de la note diplomatique ou de la notification dépositaire.

5. Le Comité de rédaction recommande l'adoption des projets de directive avec les amendements dont le Président vient de donner lecture.

6. M. BROWNLIE, se référant à la proposition concernant l'adjonction d'un nouveau paragraphe 3 dans le projet de directive 2.1.6, dit que le terme « *formulated* » semble quelque peu abstrait. Il serait préférable d'employer le terme *made*, employé ailleurs dans le texte.

7. M. PELLET (Rapporteur spécial) appelle l'attention sur le paragraphe 5 de l'article 20 de la Convention de Vienne de 1969 dans lequel on emploie le terme anglais « *raised* » et le terme français « formulé ». Comme la Commission a pour objectif d'aligner son projet sur cette Convention, il propose de reprendre cette terminologie.

---

[1] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[3] Voir 2733e séance, par. 2.

8. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) approuve cette proposition sans réserve.

Le projet de directive 2.1.6 dans son ensemble, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Le titre et le texte des projets de directives 2.1.1 à 2.4.3, tels qu'ils ont été modifiés, sont adoptés.

Septième rapport du Rapporteur spécial *(suite*)*

9. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter la suite de son septième rapport (A/CN.4/526 et Add.1 à 3).

10. M. PELLET (Rapporteur spécial), rappelant qu'il a présenté pendant la première partie de la session l'introduction de son septième rapport et le texte consolidé des projets de directive adoptés par la Commission ou proposés par lui, appelle l'attention sur la section C du rapport intitulée « Les développements récents en matière de réserves aux traités » (par. 48 à 55) et engage instamment les membres de la Commission à porter à son attention tout nouvel élément qui pourrait présenter de l'intérêt. Deux points d'actualité récente et particulièrement intéressants concernent les réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme, lesquels se trouvent sous les feux de la rampe depuis 10 à 20 ans. Le Rapporteur spécial relève d'abord l'important rapport établi par le Secrétariat en 2001 à la demande faite par le Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes à sa vingt-quatrième session, qui comporte une section consacrée aux « Pratiques adoptées par les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme en matière de réserves »[4]. Il s'en dégage l'impression que ces organes sont beaucoup plus pragmatiques, moins dogmatiques que le texte de l'observation générale nº 24 du Comité des droits de l'homme ne l'implique[5]. Ils se montrent davantage soucieux d'inciter les États à retirer certaines réserves qu'à les censurer. Il est intéressant de savoir, pour les conclusions préliminaires de la Commission sur les réserves aux traités normatifs, que, dans la pratique, les organes conventionnels de défense des droits de l'homme ne suivent pas toujours l'observation générale nº 24.

11. Le Rapporteur spécial observe ensuite que, malgré l'opposition continue de la Commission des droits de l'homme, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme a, dans sa résolution 2001/17 du 16 août 2001, adoptée à sa cinquante-troisième session, de nouveau chargé Mme Françoise Hampson d'établir un document de travail complet concernant les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme[6]. Dans cette résolution, la Sous-Commission déclarait que ce document ne ferait pas double emploi avec le travail de la Commission du droit international. On aurait pu s'attendre à ce que Mme Hampson prît contact avec le Rapporteur spécial à ce sujet, mais elle ne l'a pas fait, ce qui lui pose un problème. Devrait-il prendre lui-même l'initiative ? Personnellement, il serait enclin à le faire, mais il avait aussi l'espoir que des consultations plus étroites s'instaureraient entre la Commission du droit international, la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme et les principaux organes conventionnels dans la perspective du réexamen en 2004 des Conclusions préliminaires de la Commission du droit international concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, adoptées par la Commission à sa quarante-neuvième session[7]. Le Rapporteur spécial apprécierait des conseils de la part des membres de la Commission sur la façon dont il devrait procéder.

12. Un certain nombre de projets de directive sont énoncés dans son septième rapport. Le Rapporteur spécial se propose, pour faciliter les débats, de les présenter en trois groupes plutôt que d'une seule traite. Il présente maintenant pour examen à la Commission les projets de directives 2.5.1 à 2.5.4 qui portent sur la forme et la procédure du retrait des réserves.

13. Le projet de directive 2.5.1 (Retrait des réserves), qui prête peu à discussion, figure au paragraphe 85 du rapport. Il se contente de reprendre le paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1986, lui-même quasiment identique à la disposition correspondante (art. 22, par. 1) de la Convention de Vienne de 1969. L'historique de ce projet de directive est exposé en détail aux paragraphes 67 à 79 de son rapport, dans lequel le Rapporteur spécial résume les travaux préparatoires du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1986. Ces travaux, de même que l'article 22 lui-même, ont mis fin à la controverse qui avait agité la doctrine sur la question de savoir si le retrait d'une réserve était un instrument conventionnel ou un acte unilatéral.

14. Il ressort clairement du paragraphe 1 de l'article 22 des Conventions de Vienne que l'État ou l'organisation internationale réservataire peut retirer sa réserve avec l'accord des autres parties contractantes; en d'autres termes, une réserve constitue un acte unilatéral. On peut faire valoir, comme le fait le Rapporteur spécial au paragraphe 80 de son rapport, le principe selon lequel une réserve qui n'a pas été expressément prévue par le traité ne lie que les parties qui l'ont acceptée. Mais cet argument n'est pas seulement formaliste, il n'est pas de nature à remettre en question la disposition des Conventions de Vienne qui ne présente aucune difficulté pratique et dont on peut dire sans grande crainte de se tromper qu'elle est devenue une règle coutumière. En tout état de cause, comme la Commission en était convenue précédemment, les Conventions de Vienne ne devraient être modifiées que pour des raisons extrêmement contraignantes. À cet égard, il appelle l'attention sur les paragraphes 31 et 32 de son rapport. Pour la même raison, il n'est pas partisan de supprimer le membre de phrase employé au paragraphe 1 de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, « À moins que le traité n'en dispose autrement », encore qu'il le juge tout à fait superflu car c'est vrai de toutes les règles de Vienne concernant les réserves et de celles qui ne sont que supplétives de volonté. Mais il se-

* Reprise des débats de la 2721e séance.

[4] CEDAW/C/2001/II/4, par. 20 à 56.

[5] *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément nº 40* (A/50/40), vol. I, annexe V, p. 122.

[6] E/CN.4/Sub.2/2001/40.

[7] *Annuaire... 1997*, vol. II (2e partie), par. 157, p. 57.

rait à la fois compliqué et inutile de modifier ce qui est en fin de compte un point de détail.

15. Se fondant sur le même principe, le projet de directive 2.5.2 (Forme du retrait) reprend le texte du paragraphe 4 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 : « Le retrait d'une réserve ou d'une objection doit être formulé par écrit. » Il s'agit d'une simple question de bon sens, comme il est expliqué au paragraphe 89 du rapport. Le Rapporteur spécial ne s'attardera donc pas sur ce projet de directive, si ce n'est pour signaler l'implication claire que le retrait d'une réserve ne saurait être implicite. Aux paragraphes 93 à 101 de son rapport, il a tenté d'énumérer un certain nombre de situations dans lesquelles il semble qu'une réserve est retirée, même en l'absence de retrait formel. Mais à y regarder de plus près, on constate qu'en fait tel n'a jamais été le cas. Le Rapporteur spécial ne peut partager l'avis de Pierre-Henri Imbert, pour qui la non-confirmation, lors de la ratification d'un traité, d'une réserve formulée au moment de sa signature peut être qualifiée de retrait : faute de confirmation, la réserve n'est pas « faite », elle n'est pas retirée; les objections qui ont pu être formulées sont demeurées en quelque sorte « virtuelles ». Pour des raisons purement logiques, il est impossible de retirer ce qui n'a pas été fait auparavant. De même, l'expiration d'une réserve n'est pas un retrait et la meilleure preuve en est que certaines clauses conventionnelles relatives aux réserves font clairement la distinction entre le retrait et l'expiration.

16. Il en va de même des « réserves oubliées ». Le Rapporteur spécial cite à titre d'exemple le cas d'un État qui formulerait une réserve parce qu'une disposition donnée d'un traité ne correspondrait pas à son droit interne, mais qui – ce peut être des années plus tard –, après avoir modifié ou abrogé sa législation interne pour respecter le traité, omettrait de retirer sa réserve. Le propre pays du Rapporteur spécial est, semble-t-il, particulièrement sujet à ce type d'omissions, encore que naturellement il soit davantage familiarisé avec ce qui se passe en France que dans d'autres pays. À ce sujet, il observe que la coexistence de réserves et de nouvelles dispositions de la législation interne peut soulever des problèmes, en particulier dans les pays où le droit international est incorporé dans la législation interne : il est souvent difficile aux tribunaux de décider s'ils doivent appliquer le droit interne ou le droit international tel qu'il est affecté par des réserves même si celles-ci sont périmées. Mais la décision revient à l'État intéressé. Il reste qu'une réserve oubliée n'a pas été retirée et qu'elle demeure valable au niveau international. L'idée de retrait implicite n'a aucun sens, que ce soit en droit ou sur le plan de la logique.

17. L'existence de réserves oubliées ou obsolètes suscite un autre problème. On a souvent dit que les réserves présentaient certains avantages, dans la mesure en particulier où elles facilitaient l'acceptation plus large d'un traité donné. En revanche, elles mettent à mal l'unité ou l'intégrité du traité. Il y a longtemps que l'on reconnaît les revendications opposées d'universalité et d'intégrité, mais l'Assemblée générale ou le Conseil de l'Europe et en fait les organes qui s'intéressent aux droits de l'homme comme à d'autres questions, le désarmement ou l'environnement par exemple, insistent de plus en plus auprès des États pour qu'ils reconsidèrent périodiquement leurs réserves aux traités. Aussi le Rapporteur spécial se demande-t-il s'il ne serait pas utile d'insérer dans le Guide de la pratique une directive 2.5.3 (Réexamen périodique de l'utilité des réserves) engageant les États à passer leurs réserves en revue, en soulignant l'opportunité de retirer celles que l'évolution de leur législation interne ne justifie plus. Bien que le projet de directive – dont on trouvera le texte au paragraphe 103 du rapport – soit davantage à l'état d'ébauche que les autres directives, utilisant le conditionnel et adoptant le style de la recommandation, le Rapporteur spécial note que les directives dans leur ensemble ne seraient, en tout état de cause, pas contraignantes; elles constituent, pour reprendre l'expression du Gouvernement suédois en 1965, « un code de pratiques recommandées »[8]. C'est pourquoi il n'y aurait aucun mal à inclure la directive 2.5.3 qui va dans le sens des préoccupations actuelles. Il n'est pas lui-même hostile aux réserves par principe, contrairement à de nombreux militants – des droits de l'homme en particulier; il les considère comme un mal nécessaire, tout en pensant qu'il serait évidemment préférable qu'elles soient retirées.

18. Le projet de directive 2.5.4 (Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité) a été élaboré avant la première partie de la session, à l'occasion de laquelle – à juste titre de l'avis du Rapporteur spécial – l'emploi des termes « illicéité » et « inadmissibilité » a été mis en cause. Ses observations à la 2733e séance s'appliquent donc aussi au projet de directive 2.5.4. Il serait prématuré de traiter de la question de l'illicéité avant d'avoir débattu à fond de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Entre-temps, il suggère de placer entre crochets les adjectifs « illicite » et « inadmissible » d'un bout à l'autre du texte, jusqu'à ce que la question de la licéité des réserves ait été examinée, à la prochaine session. En ce qui concerne le projet de directive quant au fond, la Commission devrait néanmoins fournir une réponse à la question fondamentale de savoir quel effet aurait la constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de contrôle de l'application d'un traité. Il va de soi qu'une telle constatation par un tiers n'équivaut pas à un retrait, déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale réservataire, encore que naturellement l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur puisse retirer sa réserve après s'être rendu compte de son illicéité. Tel est le raisonnement qui explique le paragraphe 1 de la directive. En toute justice, la constatation d'illicéité ne devrait cependant pas rester sans conséquences : l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve est après tout partie au traité qui porte création de l'organe de contrôle qui a fait la constatation. La question est de savoir quelles doivent être ces conséquences.

19. Il y a deux solutions possibles. Pour les exposer le plus simplement possible, il suffit de dire que la première consiste à adopter la façon de procéder qui a les préférences, du moins en théorie, des organes de défense des droits de l'homme, comme le montre l'observation générale no 24 du Comité des droits de l'homme et qui est appliquée par la Cour européenne des droits de l'homme, consistant à neutraliser la réserve : celle-ci est considérée

[8] Voir le quatrième rapport du Rapporteur spécial sur le droit des traités, sir Humphrey Waldock (*Annuaire... 1965*, vol. II, doc. A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 47).

non pas comme ayant été retirée mais comme n'ayant jamais été formulée du tout. La seconde option consiste à adopter l'approche de la Commission, telle qu'elle s'exprime dans les Conclusions préliminaires de la Commission du droit international concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, adoptées par la Commission à sa quarante-neuvième session, par lesquelles c'est à l'État ou à l'organisation internationale réservataire qu'il appartient de tirer les conséquences de cette constatation. Le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4 consacrera cette seconde option. Le Rapporteur spécial reconnaît ne pas être très à l'aise en ce qui concerne l'introduction du projet de directive, attendu qu'il pense qu'il ne serait pas sage de renouveler les longs et sérieux échanges de vues qui ont eu lieu à la Commission à sa quarante-neuvième session. Il préférerait partir du principe que la Commission est déjà parvenue à une conclusion en matière de politique générale sinon à l'unanimité, du moins à une grande majorité. Il appelle l'attention sur les débats de cette session-là, auxquels fait référence la note de bas de page du rapport correspondant au texte du projet de directive.

20. La façon de progresser la plus élégante lui semble être d'adopter le projet de directive 2.5.X (Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité) qui figure au paragraphe 216 du rapport. Il serait libellé comme le projet de directive 2.5.4, mais avec la phrase supplémentaire suivante : « Le retrait total ou partiel de la réserve constitue pour cet État ou cette organisation internationale un moyen de s'acquitter de ses obligations à cet égard. » L'idée est que, bien que, de toute évidence, le retrait soit la réponse la plus appropriée à une constatation d'illicéité, dans certains cas, l'État ou l'organisation internationale réservataire peut juger un retrait total par trop radical. En pareil cas, la modification ou le retrait partiel de la réserve pourrait suffire. La solution présentée par le libellé du projet de directive 2.5.X semble couvrir toutes les éventualités.

La séance est levée à 11 heures.

2735e SÉANCE

Mercredi 24 juillet 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Tomka, M. Yamada.

Les réserves aux traités[1] *(suite)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. GAJA félicite le Rapporteur spécial de l'analyse très fouillée à laquelle il a procédé dans son septième rapport (A/CN.4/526 et Add.1 à 3). Il arrive pourtant au Rapporteur spécial d'y inviter la Commission à se prononcer sur des propositions trop évidentes ou à s'aventurer dans des domaines qu'il serait plus sage de laisser de côté. C'est le cas par exemple du projet de directive 2.5.4 (Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité), dont le paragraphe 1 énonce une évidence. En effet, le retrait d'une réserve est nécessairement le fait de l'État auteur et la constatation de l'illicéité ne peut donc jamais constituer un retrait. Une constatation d'illicéité pourrait avoir pour effet soit d'obliger l'État auteur à retirer sa réserve, soit de lui en recommander le retrait. Il semble que le texte privilégie la première hypothèse. Or, il est loin d'être certain qu'un organe de contrôle ait le pouvoir implicite d'obliger l'État auteur de la réserve à la retirer. M. Gaja rappelle que la Commission avait traité de la question de l'autorité de l'organe de contrôle de manière assez différente dans ses Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, adoptées à sa quarante-neuvième session[3]. Elle avait alors considéré que, là où les traités sont muets, les organes de contrôle créés par eux ont compétence pour faire des observations et formuler des recommandations en ce qui concerne notamment la licéité des réserves émises par les États.

2. De l'avis de M. Gaja, la question de savoir si ces organes ont autorité pour obliger ou pour recommander relève de l'interprétation du traité concerné. Toute règle générale à cet égard aurait nécessairement une valeur limitée. C'est pourquoi il n'y a pas lieu de préciser la conséquence de la constatation d'illicéité, du moins en ce qui concerne le retrait des réserves. La question qui pourrait se poser, le cas échéant, est celle du pouvoir d'annuler la réserve réputée inadmissible.

3. M. Gaja propose de ne pas renvoyer au Comité de rédaction le projet de directive 2.5.4 dans son ensemble, la première partie parce qu'elle est évidente, et la seconde parce qu'elle n'est pas nécessaire.

4. Mme ESCARAMEIA félicite le Rapporteur spécial de l'approche suivie dans son rapport, appréciant tout particulièrement le fait qu'il n'hésite pas à y exposer ses doutes.

5. Revenant tout d'abord sur la section C du rapport, consacrée aux relations de la Commission avec notamment les organes chargés des droits de l'homme, Mme Escarameia dit que la Commission devrait, à son sens, avoir

[1] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[3] Voir 2734e séance, note 7.

des contacts aussi nombreux que possible avec les autres organes qui s'intéressent à la question des réserves. Cela lui paraît d'autant plus important que le risque de fragmentation du droit international a été reconnu par tous comme une source primordiale de préoccupation. Ainsi, il ne faudrait pas que la Commission adopte un régime qui s'écarte par trop des décisions prises par la Commission des droits de l'homme en ce qui concerne les réserves. De l'avis de Mme Escarameia, la Commission devrait s'employer à demander l'opinion des autres organes qui travaillent dans le même domaine.

6. Abordant ensuite les projets de directive relatifs au retrait des réserves proposés par le Rapporteur spécial dans son septième rapport, Mme Escarameia se dit favorable au maintien de l'expression « [à] moins que le traité n'en dispose autrement » au début du projet de directive 2.5.1 (Retrait des réserves), même si elle peut paraître superflue. Elle considère qu'il a sa place dans le Guide de la pratique et qu'en la matière il vaut mieux pécher par excès que par défaut. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.2 (Forme du retrait), elle y souscrit complètement, la forme écrite apportant la certitude qui est nécessaire en droit international. Quant au projet de directive 2.5.3 (Réexamen périodique de l'utilité des réserves), elle apprécie l'approche créative suivie par le Rapporteur spécial et approuve le projet de directive, tout en s'interrogeant sur la nécessité de retirer des réserves devenues obsolètes, qui de toute façon n'étaient pas applicables en la matière. Il serait utile de mentionner également au paragraphe 2 du texte les appels lancés par les organes de contrôle de l'application des traités, étant donné que les législations internes sont parfois floues et que les juristes ne sont pas toujours d'accord.

7. Tout en souscrivant à la teneur générale du projet de directive 2.5.4, Mme Escarameia estime qu'il faudrait tenir compte des différents cas de figure qui peuvent se présenter. En effet, il pourrait s'agir non seulement d'organes créés par des traités mais aussi d'organes juridictionnels. Or, les pouvoirs de ces instances ne sont pas les mêmes, puisque certains n'ont qu'un pouvoir de recommandation alors que d'autres disposent d'un pouvoir plus contraignant. Enfin, le paragraphe 2 lui semble, du moins dans la version anglaise, présenter une erreur de logique : si l'État ou l'organisation auteur de la réserve « *must act accordingly* » (doit en tirer les conséquences), le retrait s'impose, ce que ne rend pas l'expression « *it may fulfil its obligations by withdrawing the reservation* ». Pour résumer, la disposition a sa place dans le projet de guide de la pratique, mais il y aurait lieu de distinguer entre les situations différentes auxquelles on peut avoir affaire.

8. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA partage l'opinion de Mme Escarameia selon laquelle la Commission devrait se montrer disponible et ouverte envers les organes qui s'occupent des mêmes questions.

9. Les projets de directives 2.5.1 et 2.5.2 soulèvent des points intéressants puisqu'ils portent sur le moment du retrait et l'initiative du retrait, qui relèvent tous deux du pouvoir discrétionnaire de l'État. Il est clair que la réserve comme son retrait ont un caractère unilatéral. Cela étant, il faudrait s'interroger sur l'utilité de faire figurer ces dispositions dans le Guide de la pratique. En effet, elles reprennent les termes mêmes des articles 22, paragraphe 1, et 23, paragraphe 4, communs aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986. De l'avis de M. Pambou-Tchivounda, le Guide pourrait se contenter de renvoyer à ces dispositions.

10. On peut comprendre le sens et l'intérêt des projets de directives 2.1.1 (Forme écrite), 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle), 2.1.6 (Procédure de communication des réserves), 2.1.7 (Fonctions du dépositaire) et 2.4.3 (Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée), qui ont l'avantage de développer la fonction du mode de l'écrit et d'articuler autour de ce mode des régimes spécifiques, des régimes voisins et des régimes complémentaires à celui de la réserve. En revanche, en ce qui concerne les objections aux réserves et au retrait de celles-ci, l'exigence de la communication écrite est déjà prise en compte par les Conventions de Vienne. Il n'est donc pas utile de la préciser.

11. Le projet de directive 2.5.3 soulève des difficultés parce que le réexamen de l'utilité des réserves ne touche pas à la procédure, mais au fond, que ce soit en ce qui concerne les motifs de l'examen ou les motifs de l'auteur à envisager le retrait des réserves. Ce projet pose deux types de problèmes que le rapport n'évoque pas : les conditions du retrait et le rôle de la désuétude des réserves.

12. Le projet de directive 2.5.4 donne lieu, quant à lui, à un autre type de problème qu'il faudra examiner en plénière. M. Pambou-Tchivounda souscrit aux observations générales de M. Gaja à ce sujet mais se pose aussi des questions concernant la forme de la constatation d'illicéité, sa nature et sa portée. Ainsi, doit-on considérer que la constatation d'illicéité lie l'auteur de la réserve ? Cette question pose le problème de la nature de l'organe de contrôle qui formule la constatation. Il peut s'agir en effet d'un organe politique, d'un organe juridictionnel ou d'un organe *sui generis*. Il faudrait donc tenir compte de cette diversité dans le projet de directive et décliner les cas de figure possibles.

13. Quant au paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4, il n'a de valeur que si la constatation d'illicéité s'impose et entraîne une obligation de retrait; l'auteur de la réserve doit alors s'y conformer. Mais s'il s'agit d'une recommandation, alors le paragraphe 2 n'a pas de sens. Il faudrait introduire une nouvelle disposition en amont de la directive 2.5.4 ou prévoir, à défaut, un stade intermédiaire qui s'insérerait entre les paragraphes 1 et 2.

14. Toutes ces questions renvoient à celle de l'autorité de l'organe de contrôle ou de l'opposabilité de la constatation d'illicéité, question qui renvoie elle-même à la licéité de la réserve, qui se retrouve de part et d'autre de la problématique, qu'on l'aborde par le biais de la définition ou par celui de la procédure. Si l'on veut que le Guide de la pratique acquière toute son utilité, il faut régler ces questions avec toute la précision voulue.

15. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, souscrit à l'observation faite par M. Gaja au sujet du projet de directive 2.5.4. Il est vrai que si l'État « *must act accordingly* », le retrait s'impose. Or l'État n'est pas obligé de suivre les recommandations d'un organe de contrôle.

16. M. DUGARD estime qu'en ce qui concerne la concertation avec d'autres organes sur le sujet des réserves aux instruments relatifs aux droits de l'homme, la Commission devrait d'urgence prendre l'initiative car la pratique se développe rapidement dans ce domaine. Il faudrait profiter de ce que la plupart des organes de droits de l'homme se réunissent en même temps qu'elle pour nouer les contacts personnels nécessaires. Peut-être le Président et le Rapporteur spécial pourraient-ils prendre des dispositions en vue d'organiser une réunion officieuse avec les parties intéressées au cours de la session suivante.

17. Le PRÉSIDENT dit qu'il a eu plusieurs entretiens avec les personnes intéressées, mais qu'ils sont restés sans suite.

18. M. MANSFIELD pense comme Mme Escarameia et M. Dugard que la question qui se pose est de savoir qui doit prendre l'initiative. À son avis, la Commission doit se montrer volontariste pour faire avancer les choses.

19. Le PRÉSIDENT se déclare disposé, si tel est l'avis de tous les intéressés, à adresser une lettre succincte aux présidents de la Sous-Commission des droits de l'homme et du Comité des droits de l'homme leur demandant de se mettre en rapport avec la Commission dans la perspective d'un échange de vues officieux qui aurait lieu à la session suivante. Pour sa part, il ne pense pas que la Commission ait manqué de faire savoir qu'elle était désireuse d'un tel échange, mais le fait est que ses « conclusions préliminaires » n'ont eu aucun écho.

20. M. MANSFIELD se demande s'il est bien nécessaire d'adopter une démarche officielle et s'il ne serait pas plus judicieux de contacter directement les personnes intéressées et de se mettre au travail avec elles sans s'embarrasser de formalités.

21. M. PELLET (Rapporteur spécial) craint que les choses ne soient plus compliquées. À sa quarante-neuvième session, la Commission a pris l'initiative d'adopter ses Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme. Une lettre a alors été adressée aux présidents des organes de droits de l'homme, leur demandant de faire part de leurs observations au Rapporteur spécial. À ce jour, un seul a daigné répondre formellement, le Comité des droits de l'homme. Par le truchement de sa présidente, il a adressé une réponse assez sèche, très peu argumentée, d'où il ressortait qu'il était en désaccord avec la Commission. Par la suite, cette dernière a reçu une lettre des présidents des organes de droits de l'homme dans laquelle ceux-ci endossaient purement et simplement la réponse de la présidente du Comité des droits de l'homme. Un peu plus tard, Mme Hampson, membre de la Sous-Commission des droits de l'homme, a proposé à celle-ci d'établir un rapport sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme. Mais la Commission des droits de l'homme s'oppose tous les ans à la poursuite des travaux de la Sous-Commission sur ce sujet, ne voyant pas en quoi cette étude est nécessaire et ne fait pas double emploi avec les travaux de la CDI. Il a été demandé à plusieurs reprises à Mme Hampson de prendre contact avec le Rapporteur spécial, ce qu'elle n'a jamais fait. Lui-même s'est mis en rapport à plusieurs reprises avec elle à titre privé pour s'entendre dire qu'elle lui communiquerait les résultats de ses travaux dès qu'ils seraient achevés, mais il attend toujours qu'elle le fasse. C'est pourquoi, contrairement à M. Mansfield, il pense que la CDI doit prendre une position officielle. Il conviendrait que le Président et le Rapporteur spécial signent tous les deux une lettre au Président de la Sous-Commission des droits de l'homme et à Mme Hampson et aussi que l'on relance l'ensemble des présidents des organes de droits de l'homme, en particulier celui du Comité pour l'élimination de la discrimination à l'égard des femmes, lequel est très actif et a des idées intéressantes en matière de réserves. Il serait utile d'inviter des représentants de chacun des organes concernés à venir participer aux débats de la session suivante, ne serait-ce que parce qu'il faudra bien un jour reprendre l'examen des « Conclusions préliminaires ». En raison des incidences financières, il serait préférable que cela se passe dans une période où la Commission se réunit en même temps que les organes concernés à Genève.

22. M. CANDIOTI appuie la proposition du Rapporteur spécial et son idée d'une lettre cosignée par le Président et le Rapporteur spécial. Cette proposition devrait être consignée dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur ses travaux.

23. Le PRÉSIDENT croit comprendre qu'il se dégage un appui général à l'approche suggérée par le Rapporteur spécial comme suite à la volonté expresse de la Commission de se mettre en rapport avec les organes en question et qu'une lettre demandant officiellement d'aménager des possibilités de consultation au cours de la session suivante à Genève serait une solution conforme aux vues des membres de la Commission. Il élaborera avec le Rapporteur spécial un projet de lettre qui sera distribué à la Commission puis adressé aux parties intéressées afin de les inciter à une certaine concertation.

24. M. PELLET (Rapporteur spécial), présentant les projets de directives 2.5.5 à 2.5.6 *ter*, qui portent sur la procédure de retrait des réserves, dit que ce qui frappe dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 sur ce point, c'est leur silence. Dès lors, on ne peut procéder de la même manière que pour les projets 2.5.1 et 2.5.2 présentés à la séance précédente et pour beaucoup d'autres projets déjà adoptés : les Conventions de Vienne ne sont d'aucun secours, on ne peut les paraphraser.

25. Le Rapporteur spécial a donc pensé que l'on pouvait se référer à la procédure de la formulation des réserves et s'en inspirer en ce qui concerne leur retrait, quoiqu'il faille se méfier de la règle du parallélisme des formes, qui est usuelle en droit interne mais dont il n'est pas évident qu'elle soit transposable en droit international, ne fût-ce que du fait du moindre formalisme du droit international par rapport au droit interne. Il croit cependant que l'on peut partir des règles relatives à la procédure de formulation des réserves et voir si elles sont transposables en matière de retrait – étant entendu que, même pour la formulation des réserves, les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne sont pas très détaillées et que, dans bien des cas, il a été obligé de se référer aux directives du Guide de la pratique déjà adoptées par la Commission. À cet égard, il fait observer qu'il a rédigé le septième rapport avant que la Commission n'adopte les projets de directive perti-

nents issus de son sixième rapport[4]. Il sera donc conduit à proposer certaines modifications mineures aux projets de directive contenus dans son septième rapport de façon à les mettre en harmonie avec les projets de directive adoptés à la séance précédente en matière de formulation des réserves.

26. Tel est le cas de la directive 2.5.5 qu'il avait intitulée « Compétence pour retirer une réserve ». La Commission a préféré retenir, pour le titre du projet de directive 2.1.3, qui est le pendant et la source d'inspiration du projet de directive 2.5.5, l'expression « Formulation d'une réserve au plan international ». Par souci de cohérence, il serait donc préférable d'intituler le projet de directive 2.5.5 « Formulation du retrait d'une réserve au plan international ».

27. De même, puisque la Commission a préféré la version longue du projet de directive 2.1.3, le Rapporteur spécial pense qu'il est logique d'adopter comme point de départ du projet de directive 2.5.5 la version longue reproduite au paragraphe 139 du rapport et donc que l'alternative qu'il avait proposée n'a pas lieu d'être : il faut procéder pour le retrait de la même manière que pour la formulation et préférer la version longue, à moins que l'on ne renonce à inclure dans le Guide de la pratique des directives précises en matière de procédure de retrait des réserves et que l'on se borne à un projet de directive 2.5.5 renvoyant, *mutatis mutandis*, aux projets 2.1.3 et 2.1.4 adoptés à la séance précédente et qui concernent la procédure de formulation.

28. Le Rapporteur spécial présente cette possibilité de formulation de projets de directive concis aux paragraphes 141 et 142 du rapport mais il doit dire qu'il n'en est pas partisan, et ce pour deux raisons : tout d'abord, un tel renvoi ne lui paraît pas correspondre aux besoins pratiques auxquels le Guide doit répondre. Il faut que les utilisateurs puissent trouver clairement toutes les directives dont ils ont besoin là où ils les cherchent logiquement, et mieux vaut pour cela répéter que renvoyer. Ensuite, et surtout, *mutatis mutandis* ne signifie pas « purement et simplement ». En effet, on ne peut se borner à appliquer au retrait des réserves les règles énoncées dans le projet 2.1.3 en matière de formulation des réserves. Dans les grandes lignes, les procédures de retrait et de formulation doivent certainement être similaires, mais pas identiques, et des adaptations sont nécessaires.

29. Comme l'indique le Secrétariat dans la dernière édition du *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, « [l]e retrait doit être fait par écrit et sous la signature de l'une des trois autorités qualifiées puisqu'il aboutit normalement, en substance, à modifier le champ d'application du traité »[5]. Dans le passé, la position du Secrétaire général de l'ONU a été un peu plus souple, mais le Rapporteur spécial croit que la nouvelle formule claire et nette reproduite au paragraphe 128 du rapport est fondée. Après tout, le retrait d'une réserve signifie que l'État qui y procède accepte le contenu du traité de manière plus complète qu'auparavant et il semble assez logique que ceci ne puisse être fait que par les autorités qui peuvent représenter l'État ou l'organisation internationale pour exprimer le consentement à être lié par le traité. Ceci étant, la pratique, maintenant très rigide, du Secrétaire général de l'ONU n'est pas suivie avec autant de fermeté par d'autres organisations internationales dont les secrétaires généraux sont d'importants dépositaires de traités internationaux et, en particulier, cette rigidité n'a pas les faveurs du Conseil de l'Europe qui admet que le retrait d'une réserve peut être notifié par le représentant permanent de l'État réservataire auprès de l'organisation.

30. Donc, à tous ces égards, il n'y a pas d'inconvénient à transposer en matière de retrait les indications figurant dans le projet de directive 2.1.3 en ce qui concerne la formulation des réserves : « sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires », le retrait peut être effectué par les mêmes personnes que celles qui peuvent exprimer le consentement de l'État à être lié et formuler des réserves. Pourtant, deux adaptations au texte du projet de directive 2.1.3 sont nécessaires, comme le Rapporteur spécial l'explique au paragraphe 140. D'une part, s'il s'agit d'un plénipotentiaire, celui-ci doit produire des pouvoirs distincts, spécialement établis pour le retrait et non des pleins pouvoirs aux fins de l'adoption ou de l'authentification du traité, ou de l'expression du consentement à être lié – ne fût-ce que parce que le retrait peut intervenir bien des années plus tard et que, la plupart du temps, l'individu qui va retirer la réserve au nom de l'État sera différent de l'individu qui a exprimé le consentement de l'État à être lié. Mais quand bien même l'individu serait le même, le retrait de la réserve signifie que ses instructions ont changé et que de nouveaux pleins pouvoirs sont nécessaires. D'où le changement que propose le Rapporteur spécial au paragraphe 1 *a* du projet de directive 2.5.5 (qui figure au paragraphe 139 du rapport) par rapport à la disposition correspondante de la directive 2.1.3. D'autre part, le paragraphe 2 *b* du projet de directive 2.1.3 prévoit que « les représentants accrédités par les États à une conférence internationale » peuvent formuler « une réserve à un traité adopté au sein de cette conférence ». Mais si cela fonctionne pour la formulation de réserves, il n'en va pas de même pour leur retrait : dans la quasi-totalité des cas, la conférence internationale qui a adopté le texte du traité ne siège évidemment plus au moment où l'État veut retirer sa réserve et par conséquent le paragraphe 2 *b* de la directive 2.1.3 doit, de l'avis du Rapporteur spécial, être abandonné dans la directive 2.5.5. En revanche, puisque la Commission a décidé, malgré les hésitations du Rapporteur spécial, de conserver le paragraphe 2 *d* du projet de directive 2.1.3, il lui semble que le projet de disposition correspondante du projet de directive 2.5.5 (le paragraphe 2 *c*) devrait, lui aussi, être conservé et qu'il faudrait par conséquent supprimer les crochets qui l'entourent. C'est donc, avec le changement de titre susmentionné, cette disposition – sans crochets – que le Rapporteur spécial propose de renvoyer au Comité de rédaction.

31. Passant au projet de directive 2.5.5 *bis* (Compétence pour retirer une réserve au plan interne) figurant aussi au paragraphe 139 du rapport, le Rapporteur spécial précise qu'il l'avait conçu comme distinct du projet de directive 2.5.5 *ter* (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves). Là encore, il lui semble qu'il conviendrait

[4] Voir 2719e séance, note 10.

[5] Publication des Nations Unies, numéro de vente : F.94.V.15, doc. ST/LEG/7/Rev.1, par. 216.

d'aligner ces projets sur les textes adoptés concernant la formulation des réserves : d'une part, les deux projets de directive relatifs à la formulation proposés à l'origine ont été fusionnés en un projet de directive unique (2.1.4); d'autre part, ce dernier est intitulé « Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves ». Il faudrait, de même, fusionner les avant-projets de directives 2.5.5 *bis* et 2.5.5 *ter* en donnant à l'ensemble le titre retenu pour cette dernière disposition. Sur le fond, on peut procéder à une transposition pure et simple en substituant au mot « formulation » figurant dans le projet de directive 2.1.4 le mot « retrait ». En effet, les pratiques en matière de retrait sont sans doute aussi diverses que les pratiques en matière de formulation des réserves et donc le droit international n'a rien à dire dans ce domaine, d'où la rédaction proposée pour le projet de directive 2.5.5 *bis* (qui pourrait devenir le premier paragraphe de la nouvelle directive unique); par ailleurs, on ne peut demander aux autres États de connaître les règles internes applicables en matière de retrait, d'où la rédaction proposée pour le projet de directive 2.5.5 *ter* (qui pourrait devenir le deuxième paragraphe de la nouvelle directive unique). Afin d'aligner le texte de cette nouvelle directive sur celui du projet de directive 2.1.4, il conviendrait de modifier le dernier membre de phrase du projet 2.5.5 *bis* de la façon suivante : « relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale ».

32. Le raisonnement suivi en ce qui concerne la communication du retrait des réserves, faisant l'objet des projets de directives 2.5.6, 2.5.6 *bis* et 2.5.6 *ter* (Fonctions du dépositaire), est très voisin. Là encore, on pourrait se borner à renvoyer dans une directive unique aux règles applicables en matière de communication des réserves énoncées dans les projets de directives 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7 adoptés à la séance précédente. Contrairement à ce qui se passe dans le cas de la formulation du retrait, pour laquelle on ne pouvait transposer purement et simplement les règles relatives à la formulation des réserves, il n'y a aucune raison de faire une différence entre la communication de la réserve et la communication du retrait. Il ressort clairement des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969 que les membres de la Commission de l'époque estimaient que la même procédure devait être appliquée par le dépositaire à la communication des réserves et à la communication de leur retrait, et ce point est confirmé par la pratique. Dès lors, reprendre en trois projets de directive distincts le texte des projets de directives 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7 transposés en remplaçant simplement l'expression « Communication des réserves » par l'expression « Communication du retrait des réserves », ce qui pourrait se justifier dans un souci d'exhaustivité et de lisibilité, peut sembler inutile; quoi qu'il en soit, les deux possibilités figurent aux paragraphes 150 et 151 du rapport. Un problème se pose néanmoins du fait de la fusion en une directive unique (2.1.6) des deux projets de directives 2.1.6 et 2.1.8 qui figuraient dans le sixième rapport. En effet, si les paragraphes 1 et 2 du projet de directive 2.1.6 sont directement transposables, le paragraphe 3, résultant d'une modification proposée par M. Gaja (2733e séance, par. 43) et qui renvoie à l'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne, n'a pas lieu d'être transposé puisqu'il ne concerne que le délai applicable aux objections. Quant au paragraphe 2, relatif à la date d'effet d'une communication, il est rendu inutile en matière de retrait par le projet de directive 2.5.9, dont il sera question ultérieurement. Il serait néanmoins possible de renvoyer dans le projet de directive 2.5.6 (version courte) [Communication du retrait d'une réserve] au projet de directive 2.1.6, soit en expliquant dans le commentaire ce qui précède, soit en limitant le renvoi aux paragraphes 1 et 2 de la directive 2.1.6, ce qui serait sans doute préférable. En tout état de cause, la Commission doit dire si elle préfère la version courte énoncée au paragraphe 150 du rapport ou la version longue, constituée de trois directives distinctes, présentée au paragraphe 151 du rapport. Le Rapporteur spécial est, pour sa part, favorable à la première solution.

33. M. KATEKA, se référant aux projets de directives 2.5.5 et 2.5.6, dit qu'il est favorable dans les deux cas à la version longue car il lui paraît préférable d'éviter les renvois. D'autre part, il exprime des doutes quant à la possibilité de confirmer une communication relative au retrait d'une réserve par télécopie, comme le prévoit le projet de directive 2.5.6 *bis* (Procédure de communication du retrait des réserves). En effet, l'emploi de la télécopie pose le problème de l'identification de l'expéditeur, qui nécessite par exemple l'usage de codes spéciaux. Cela mis à part, il approuve le texte du projet de directive.

34. M. PELLET (Rapporteur spécial), poursuivant la présentation de son septième rapport, passe aux conséquences du retrait d'une réserve reflétées dans les projets de directives 2.5.7 et 2.5.8, et à la date d'effet du retrait, questions qui font l'objet des paragraphes 152 à 184 du rapport. Il reconnaît qu'il peut paraître illogique que les projets de directive relatifs aux effets du retrait figurent dans la section du Guide de la pratique consacrée à la procédure de retrait, mais, dans la mesure où les effets du retrait d'une réserve sont loin de présenter la complexité des effets de la réserve elle-même, il lui semblait plus commode de regrouper dans une section unique l'ensemble des questions relatives au retrait des réserves. La question de la date d'effet du retrait est résolue par le paragraphe 3 de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, qui pose une règle qu'il suffit de reprendre. Quant à l'effet lui-même du retrait, il relève de l'évidence, et c'est pourquoi, lors des travaux de la Commission en 1968, la proposition de rétablir dans le projet une disposition sur ce sujet a été écartée. Toutefois, cette attitude, qui est défendable s'agissant du traité-cadre qu'est la Convention de Vienne de 1969, n'est pas opportune s'agissant du Guide de la pratique, dans lequel il est nécessaire d'insérer des dispositions sur les conséquences du retrait d'une réserve. Comme indiqué aux paragraphes 179 à 183 du rapport, il faut distinguer entre trois situations. Dans la première, correspondant aux paragraphes 4 *a* et 5 ainsi qu'au paragraphe 1 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, la réserve est purement et simplement acceptée; dans ce cas, l'État ou l'organisation réservataire et l'État ou l'organisation ayant accepté implicitement ou expressément la réserve sont liés, une fois le retrait acquis, par la disposition sur laquelle portait la réserve dans son intégralité. Dans une deuxième hypothèse, qui est celle de la première partie de l'alinéa *b* du paragraphe 4 de l'article 20 des Conventions, un État ou une organisation internationale a objecté à la réserve sans s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même

et l'État ou l'organisation réservataire. L'effet du retrait est aussi que l'État ou l'organisation anciennement réservataire et l'État ou l'organisation anciennement objectant seront liés par les dispositions en cause. Enfin, dans une troisième hypothèse, qui est envisagée dans la partie finale de l'alinéa *b* du paragraphe 4 de l'article 20 des Conventions, celle où l'État ou l'organisation auteur de l'objection a exprimé nettement son intention de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui même et le réservataire, le traité ne lie pas les États ou organisations concernés dans leurs rapports *inter se*, si bien qu'en cas de retrait de la réserve, le traité entre en vigueur entre eux. Ce dernier cas de figure est envisagé dans le projet de directive 2.5.8, alors que les deux premiers cas sont pris en compte dans le projet de directive 2.5.7 (par. 184 du rapport). Toutefois, la rédaction du projet de directive 2.5.7 n'est pas satisfaisante. En effet, il y est dit : « Le retrait d'une réserve entraîne l'application du traité dans son intégralité […] », ce qui n'est pas forcément le cas, car il peut y avoir d'autres réserves qui n'ont pas été retirées et continuent à empêcher l'application intégrale du traité. On pourrait le préciser dans le commentaire, mais il est sans doute préférable de reformuler le projet de directive 2.5.7, par exemple comme suit : « Le retrait d'une réserve entraîne l'application dans son intégralité de la disposition du traité sur laquelle portait la réserve […] », le reste demeurant inchangé. Cette précision ne s'impose pas dans le projet de directive 2.5.8 car, dans ce cas, ce qui est important c'est l'entrée en vigueur du traité lui-même, même si d'autres réserves peuvent subsister. Il suffira de préciser ce point dans le commentaire. La question de la date à laquelle ces effets se produisent est traitée à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1986, selon lequel : « Le retrait d'une réserve ne prend effet à l'égard d'un État contractant ou d'une organisation contractante que lorsque cet État ou cette organisation en a reçu notification ». Cette règle, qui s'est imposée lors des débats de la Commission à sa quatorzième session, en 1962, ne va pas de soi. En effet, l'entrée en vigueur soudaine de l'intégralité d'un traité avec un ancien réservataire peut poser des problèmes à certains États dont le droit interne n'est pas adapté à cette nouvelle situation, en particulier dans le domaine du droit international privé. La Commission en était consciente, c'est pourquoi elle a indiqué dans son commentaire qu'il fallait admettre que les autres parties pouvaient avoir besoin d'un court laps de temps pour mettre leur droit interne en harmonie avec la situation résultant du retrait de la réserve, ce qui était sensé mais guère satisfaisant car en contradiction avec le texte de la Convention de Vienne de 1969 qui prévoit que le retrait prend effet dès réception de la notification. Mais le commentaire de 1965 donne lui-même une réponse au problème en indiquant qu'il convient de laisser aux parties le soin de régler la question par une disposition expresse du traité. Ceci est reflété dans le chapeau du paragraphe 3 de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, où il est dit « à moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il n'en soit convenu autrement ». Cette formule, à laquelle le Rapporteur spécial est en général opposé, car elle vaut pour toutes les règles des Conventions de Vienne, paraît justifiée dans le cas du retrait d'une réserve si on la considère comme une invitation aux négociateurs à inclure dans le traité une clause spéciale pour parer au problème que peut poser l'application de la règle énoncée à l'article 22, paragraphe 3 *a*, des Conventions de Vienne en cas de retrait inopiné d'une réserve. Dans cette perspective, il a paru utile au Rapporteur spécial d'inclure dans le Guide de la pratique des clauses types que les États devraient être incités à insérer dans les traités qu'ils concluent au cas où le retrait soudain d'une réserve pourrait mettre les autres parties contractantes dans l'embarras. Le Rapporteur spécial rappelle que, dans son rapport à l'Assemblée générale sur les travaux de sa quarante-septième session, la Commission avait prévu que le Guide de la pratique se présenterait sous la forme de projets d'article qui constitueraient des principes directeurs accompagnés, le cas échéant, de clauses types[6], mais que, lorsqu'il avait formulé des clauses types au sujet de la formulation tardive des réserves, elles avaient été écartées par la Commission au motif qu'il n'était pas souhaitable d'encourager les « réserves tardives ». Il espère vivement que les clauses types A, B et C proposées aux paragraphes 164 à 166 de son rapport pourront être renvoyées au Comité de rédaction, dans la mesure où elles ne peuvent susciter la même objection. Si c'est le cas, il faudra décider si ces clauses être reproduites après le texte du projet de directive 2.5.9 auquel elles correspondent, ou encore être incluses doivent dans le commentaire, ou encore figurer dans une annexe du Guide de la pratique, ce fait étant signalé dans le commentaire. C'est cette dernière solution qui semble la plus appropriée. En résumé, la clause type A prévoit un effet différé du retrait, la clause type B raccourcit au contraire le délai d'effet du retrait d'une réserve et la clause type C permet à l'État qui retire la réserve de fixer lui-même la date d'effet de ce retrait. Ces clauses types sont inspirées de clauses existant dans des traités en vigueur, dont on trouvera les références au paragraphe 163 et dans les notes du rapport portant sur les clauses types B et C.

35. En conclusion, le Rapporteur spécial estime, premièrement, qu'il convient de reproduire dans le Guide de la pratique les dispositions du paragraphe 3 *a* de l'article 22 des Conventions de Vienne, sans en modifier le texte bien que celui-ci déroge aux principes généraux du droit en la matière et même si, en matière d'acceptation de la juridiction obligatoire, la CIJ a pris une position en sens contraire. D'une part, il faut dans la mesure du possible éviter de remettre en cause les règles de Vienne; d'autre part, ces règles, qui fixent la date d'effet du retrait de la réserve à celle où chaque État en a reçu notification, laissent certes l'État procédant au retrait dans une certaine incertitude, mais évitent aux cocontractants d'être pris par surprise. Le décalage, en tout état de cause, est normalement de l'ordre de quelques jours. Deuxièmement, il faut aider les États en leur proposant des clauses types permettant de moduler en tant que de besoin la rigueur du principe posé par le projet de directive 2.5.9, lui-même repris de l'article 22 de la Convention de Vienne.

36. Troisièmement, même en l'absence de clauses types, il n'est pas exclu que ce principe connaisse ou puisse connaître des exceptions. D'abord, rien n'empêche l'État ou l'organisation internationale qui retire sa réserve de fixer la date d'effet de ce retrait à une date postérieure à celle de la réception de la notification. C'est ce que rappelle, par souci d'exhaustivité, l'alinéa *a* du projet de directive 2.5.10 (Cas dans lesquels l'État réservataire peut

[6] *Annuaire... 1995*, vol. II (2e partie), par. 487, al. *b*.

fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve) figurant au paragraphe 169 du rapport. L'alinéa *b* de ce même projet de directive renvoie à une hypothèse un peu plus compliquée, celle dans laquelle le retrait est sans effet sur les obligations des États ou des organisations internationales contractants lorsqu'il s'agit d'obligations « intégrales ». On peut prendre comme exemple à cet égard la réserve qu'a formulée la Barbade en signant le Pacte international relatif aux droits civils et politiques. Le Gouvernement barbadien s'est réservé « le droit de ne pas appliquer intégralement la garantie concernant l'assistance judiciaire gratuite visée à l'alinéa *d* du paragraphe 3 de l'article 14 du Pacte »[7]; si, revenant sur sa position, le Gouvernement barbadien considère qu'il peut accepter l'intégralité de l'article 14, même pour les affaires en cours, il peut adresser au Secrétaire général une notification de retrait pour tous les cas qui ont pu survenir à une date antérieure au retrait, celui-ci pouvant avoir un effet rétroactif. Une réserve de ce type n'a d'effet que dans les relations de l'État qui l'a formulée avec les personnes privées se trouvant sous sa juridiction; elle n'a pas d'effet pour les autres États parties dans leur relation avec l'État réservataire, et il semble aller de soi que son retrait ne peut causer aucun embarras aux autres États parties, et ne peut en fait que les réjouir puisqu'elle manifeste la volonté de l'État qui la retire d'appliquer plus complètement le traité. Rien ne s'oppose donc à ce que dans une telle hypothèse le retrait ait un effet immédiat ou rétroactif, et c'est ce qu'exprime l'alinéa *b* du projet de directive 2.5.10.

37. Changeant de sujet, le Rapporteur spécial rappelle qu'il avait à la session précédente vivement protesté contre le fait que son rapport portait en première page, sous la date, la mention « Original : anglais/français » alors que, comme tous ses autres rapports, il avait été rédigé totalement en français. Si le Rapporteur spécial sait gré au secrétariat d'avoir renoncé à faire figurer cette mention erronée et mensongère sur le rapport à l'examen, il a malheureusement un autre grief, qui concerne aussi des problèmes de langue.

38. En effet, il avait, dans le texte original de son rapport, cité aux paragraphes 180 et 181 un article de doctrine dans sa langue originale, l'italien, et avait fait figurer entre parenthèses une traduction française de cette citation. Or le secrétariat, en éditant le rapport, a cru devoir supprimer l'original italien pour ne maintenir que la traduction française. Pour le Rapporteur spécial, cela n'est pas acceptable. En effet, les rapports des rapporteurs spéciaux n'engagent pas la responsabilité du secrétariat, ils sont signés, et les rapporteurs spéciaux en portent seuls la responsabilité. Il est contraire à tous les usages scientifiques que dans un travail sérieux la traduction d'un texte soit donnée sans que le lecteur puisse se reporter à l'original. Le Rapporteur spécial se souvient que l'année précédente on lui avait expliqué que ses protestations contre la suppression de l'original d'une citation en anglais n'étaient pas fondées puisqu'on pouvait retrouver cet original dans la version anglaise du rapport; quoi qu'on pense de cet argument, ceci n'est pas vrai pour l'original d'une citation en italien, dont on n'a aucun moyen de prendre connaissance puisque ce n'est pas une langue officielle de l'ONU. Pour le Rapporteur spécial, c'est donc sa crédibilité académique et scientifique que les initiatives du secrétariat, prises à son insu, mettent en cause, et il proteste formellement contre ces pratiques bureaucratiques inacceptables, qui relèvent de la censure.

39. M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission), répondant aux observations du Rapporteur spécial, indique qu'en tête des additifs 2 et 3 du rapport à l'examen figure un « Avertissement » qui se lit comme suit : « Le présent rapport a été rédigé entièrement en français même si certaines citations (traduites en français par le Rapporteur spécial sous sa seule responsabilité) sont reproduites dans leur langue originale anglaise, espagnole ou italienne. » Il estime que ceci devrait suffisamment clarifier les choses.

40. Quant au fait que sur les mêmes documents la langue originale indiquée soit le seul français, ceci résulte d'une erreur technique; la mention devrait être « Original : anglais/français », car le document contient des passages en anglais, même s'ils ne sont pas de la main du Rapporteur spécial et s'il s'agit de citations. L'interprétation que donne le Rapporteur spécial de cette indication de la langue originale n'est pas celle de l'Organisation des Nations Unies. La mention « Original : anglais/français » indique que, lorsque le texte est traduit dans les autres langues officielles de l'Organisation, les citations en anglais seront traduites à partir non du français mais de l'anglais. Il s'agit d'une indication technique destinée aux services techniques de l'Organisation, et non d'une indication de la langue officielle de travail du Rapporteur spécial.

41. Quant à la suppression de la citation en italien, le Secrétaire de la Commission dit que les documents officiels de l'ONU ne peuvent contenir de texte dans des langues autres que les langues officielles. Il rappelle que par le passé la Commission avait demandé à un rapporteur spécial, M. Arangio-Ruiz, qui avait coutume de faire figurer dans ses rapports de longues citations en italien, de mettre fin à cette pratique ou de fournir une traduction de ses citations dans une langue officielle.

42. En conclusion, le Secrétaire de la Commission dit que, si le Rapporteur spécial continue de faire figurer dans ses rapports des passages dans d'autres langues que les langues officielles de l'ONU, les services techniques continueront systématiquement de supprimer ces passages.

43. M. PELLET (Rapporteur spécial) rappelle qu'il a déjà fait figurer dans des rapports précédents des citations en italien et en allemand dont la reproduction n'avait posé aucun problème, et il ne comprend pas la rigueur dont fait soudainement preuve le secrétariat. En outre, toutes les citations de ses rapports données dans des langues non officielles sont toujours accompagnées d'une traduction qu'il fait lui-même. Il s'agit pour le Rapporteur spécial d'une question de rigueur scientifique, et si l'on supprime les citations dans des langues non officielles qui pourraient figurer dans ses prochains rapports, ces rapports ne paraîtront pas.

44. M. GAJA dit qu'il serait utile pour la Commission de disposer du texte des projets de directive dans les langues de travail de la Commission, voire dans toutes les

[7] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 999, nº 14668, p. 288.

langues officielles, tels qu'ils ont été modifiés par le Rapporteur spécial depuis la parution du rapport.

45. S'agissant du projet de directive 2.5.10, son alinéa *b* dispose que « Le retrait ne modifie pas la situation de son auteur vis-à-vis des autres États ou organisations internationales contractants »; or, pour M. Gaja, même en ce qui concerne les traités imposant des obligations *erga omnes*, le retrait de la réserve modifie bien la situation de l'État réservataire et aussi les droits et obligations des autres États ou organisations internationales contractants à l'égard de l'État opérant ce retrait. Ce que ce retrait ne modifie pas, c'est le contenu des obligations des autres États, et donc l'effet immédiat ou rétroactif du retrait ne peut aucunement les gêner.

46. M. PELLET (Rapporteur spécial), répondant à la première observation de M. Gaja, se demande s'il est indispensable d'effectuer le travail qu'il préconise, car il s'agit plutôt d'une question qui relève du Comité de rédaction. Bien entendu, si le secrétariat souhaite le faire, il n'y est pas opposé.

47. En ce qui concerne les observations qui ont été faites sur le rapport à l'examen, le Rapporteur spécial indique que, pour ce qui est du projet de directive 2.5.4, qui renvoie à des problèmes importants, il attendra pour en parler que davantage de membres de la Commission se soient exprimés. Il tient néanmoins à signaler d'emblée que M. Gaja, et dans une certaine mesure Mme Escarameia, font dire au projet de directive et donc à lui-même quelque chose qu'ils ne disent pas. M. Gaja a en effet déclaré qu'il était « loin d'être certain qu'un organe de contrôle ait le pouvoir d'obliger l'État réservataire à retirer sa réserve ». Or ce n'est pas ce que dit le projet de directive en question : il dit simplement que, parmi les possibilités qui sont à la disposition d'un État réservataire pour tirer les conséquences d'une constatation par un organe de contrôle, il y a celle qui consiste à retirer sa réserve.

48. Le Rapporteur spécial note que M. Kateka a indiqué qu'il préférait la version longue des projets de directive 2.5.5 et 2.5.6. Il pense qu'il serait bon que d'autres membres indiquent leur préférence afin d'orienter le travail du Comité de rédaction, mais il souligne qu'il ne faut pas traiter ces deux projets de directive de la même manière car ils envisagent des problèmes différents. Dans le cas du projet de directive 2.5.5, on est obligé de dire *mutatis mutandis*, car on ne peut pas appliquer telles quelles les dispositions auxquelles on renvoie, alors que, dans le projet de directive 2.5.6, cette expression n'est pas nécessaire, et cela fait une très grosse différence. Quant à l'autre observation de M. Kateka selon laquelle il n'est pas favorable à ce que le retrait d'une réserve prenne effet à la date de sa communication par télécopie ou courrier électronique, la Commission ayant décidé la veille qu'il devait en être ainsi pour la formulation des réserves, le Rapporteur spécial ne voit pas comment elle pourrait prendre une position différente s'agissant de leur retrait.

49. En ce qui concerne l'alinéa *b* du projet de directive 2.5.10, le Rapporteur spécial souscrit pleinement à l'observation de M. Gaja et demande à celui-ci comment il conviendrait de modifier le texte pour en tenir compte.

50. M. GAJA dit qu'il faudrait viser « le contenu des obligations ».

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

2736e SÉANCE

Jeudi 25 juillet 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités[1] *(suite)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. FOMBA dit que le projet de directive 2.5.1 (Retrait des réserves) ne lui pose aucun problème particulier. Aussi salue-t-il la décision de principe prise par la Commission selon laquelle il faudrait des raisons décisives pour s'écarter, dans le Guide de la pratique, des dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Il appuie aussi la proposition du Rapporteur spécial de reprendre sans changement le texte du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1986. Se fondant sur une analyse en bonne et due forme des différentes questions en jeu, comme la définition et la nature de la réserve, sa fonction sociale, sa portée juridique et ses limites, il ne voit aucune raison valable de procéder autrement.

2. Le projet de directive 2.5.2 (Forme du retrait) ne pose pas non plus de difficulté particulière. C'est pourquoi il partage le point de vue exprimé par le Rapporteur spécial au paragraphe 90 de son septième rapport (A/CN.4/526 et Add.1 à 3), à savoir que ce projet de directive peut, sans

[1] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

inconvénient, reprendre le texte du paragraphe 4 de l'article 23 commun aux deux Conventions de Vienne, étant entendu que les objections aux réserves feront l'objet d'une section distincte. S'agissant de la question des retraits implicites, M. Fomba a pour position de principe qu'on ne saurait présumer le retrait d'une réserve. Or la question – dont il est donné un aperçu concret aux paragraphes 93 à 103 du rapport – de savoir si certains actes ou comportements pourraient être assimilables au retrait d'une réserve mérite malgré tout d'être examinée plus avant.

3. Comme le fait observer le Rapporteur spécial au paragraphe 105 de son rapport, le projet de directive 2.5.3 (Réexamen périodique de l'utilité des réserves) n'est rien d'autre qu'une recommandation utile. Il s'agit en fin de compte d'une question de logique et de responsabilité politique.

4. Le projet de directive 2.5.4 (Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité) soulève trois questions, à savoir : l'illicéité des réserves, le pouvoir de déclarer une réserve illicite et le pouvoir de tirer les conséquences d'une telle constatation. L'orateur réserve sa position sur la première question en attendant qu'elle soit débattue au fond, probablement à la prochaine session. En ce qui concerne le pouvoir de déclarer une réserve illicite, il s'abstiendra également au stade actuel de se prononcer sur le point de savoir s'il appartient aux organes de contrôle de la mise en œuvre des traités. Il suffit d'indiquer qu'en 1997, à sa quarante-neuvième session, la Commission a repris à son compte la position des organes de défense des droits de l'homme énoncée au paragraphe 108 *a* du rapport[3]. Cependant, M. Fomba a quelques doutes quant à la validité de la position de ces organes en ce qui concerne leur pouvoir de tirer les conséquences de la constatation comme il est indiqué au paragraphe 108 *b* du rapport, même si, a priori, cela peut paraître logique. C'est pourquoi il fait sienne l'approche prudente adoptée par la Commission à cette session.

5. À l'instar du Rapporteur spécial, M. Fomba pense que la Commission ne peut occulter la question de savoir si une réserve déclarée illicite est « retirée » d'office du simple fait de cette constatation ou si elle doit ou peut l'être par son auteur (par. 107 du rapport). À son avis, premièrement, une constatation ne vaut pas retrait *ipso facto*; deuxièmement, du point de vue téléologique, l'État réservataire a non seulement la faculté, mais véritablement le devoir de retirer une réserve illicite; troisièmement, le retrait, pour constituer la principale conséquence et la plus logique, n'est pas la seule envisageable, comme l'illustre le paragraphe 109 du rapport.

6. En conclusion, le paragraphe 1 du projet de directive 2.5.4 a le mérite de clarifier les choses en précisant la nature de la constatation d'illicéité par rapport au retrait. Le paragraphe 2 est compatible avec l'objectif premier du Guide de la pratique, qui est de plaider la cause de l'intégrité et de la pleine efficacité du traité. Ainsi, contrairement à M. Gaja, il pense qu'il faudrait renvoyer le projet de directive 2.5.4 au Comité de rédaction. Il ne faut pas perdre de vue que le Guide de la pratique s'adresse à tous les États et que toutes les évidences ne sont pas également perceptibles pour tous les services juridiques ou praticiens du droit de tous les pays.

7. L'orateur n'a pas de difficulté fondamentale avec le projet de directive 2.5.5 (Compétence pour retirer une réserve au plan international) car il apparaît à l'analyse que les projets de directives 2.1.3, 2.1.3 *bis* et 2.1.4 sont transposables au retrait des réserves. Il préfère pour sa part la première option, exposée au paragraphe 138 du rapport. *A contrario*, un simple renvoi aux autres directives n'est pas souhaitable dans la mesure où, comme il est indiqué au paragraphe 142, le Guide de la pratique n'est pas un traité, mais un « code de pratiques recommandées » que les utilisateurs devraient pouvoir consulter directement, facilement et rapidement.

8. Enfin, s'agissant de la communication du retrait des réserves, qui fait l'objet du projet de directive 2.5.6, il semble possible de transposer les directives 2.1.5 à 2.1.7 sur la communication des réserves. Des deux options, à savoir renvoyer à ces directives ou les reproduire dans leur intégralité, la première présente manifestement moins d'inconvénients. Malgré tout, il préfère la seconde à la fois pour des raisons de commodité et de méthodologie. Il appuie aussi la recommandation concernant les mots « par écrit » figurant dans la note de bas de page y afférente du projet de directive 2.5.6.

9. M. MOMTAZ félicite le Rapporteur spécial pour ses efforts inlassables en vue de faire progresser les travaux de la Commission sur un sujet extrêmement délicat. Le schéma intéressant que le Rapporteur spécial a dressé des travaux préparatoires qui ont abouti en 1969 à l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités permettra à la Commission de mieux comprendre les raisons des lacunes de cet instrument en ce qui concerne la procédure de retrait des réserves et de s'assurer qu'il n'y a pas d'incompatibilité entre l'esprit de la Convention et les projets de directive.

10. Se référant brièvement à la question de la coopération entre la Commission et la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme, M. Momtaz exprime l'espoir que la Commission a pris note de la suggestion intéressante faite par M. Candioti et que son rapport à l'Assemblée générale mentionnera expressément la décision qu'elle a prise à cet égard à la séance précédente.

11. S'agissant du septième rapport du Rapporteur spécial, M. Momtaz dit que le projet de directive 2.5.1 ne soulève guère de difficultés puisqu'il se contente de reprendre le texte du paragraphe 1 de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1986. À la question de savoir s'il est bien utile de reprendre mot à mot dans le Guide de la pratique certaines dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, il répond incontestablement par l'affirmative et ce, pour une raison d'ordre pratique : le Guide doit se suffire à lui-même et pouvoir être utilisé indépendamment de ces deux conventions, considération qui prime toute préoccupation que l'on pourrait avoir quant à d'éventuels problèmes de double emploi.

[3] Paragraphe 5 des Conclusions préliminaires de la Commission du droit international concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme (voir 2734e séance, note 7).

12. M. Momtaz se félicite du projet de directive 2.5.2 car la formulation par écrit du retrait d'une réserve est incontestablement de nature à sauvegarder la sécurité et la transparence des relations conventionnelles. De même, le réexamen périodique de l'utilité des réserves, recommandé dans le projet de directive 2.5.3, réduira sans aucun doute le nombre de réserves qui, formulées dans un contexte politique donné, ont perdu leur raison d'être par la suite. Néanmoins, il nourrit des doutes quant au bien-fondé du dernier membre de phrase de ce dernier, ainsi conçu : « et des évolutions qu'il a subies depuis la formulation de ces réserves ». Si la législation interne a été modifiée dans un sens qui rend la réserve inutile, il semble qu'il y ait peu à gagner à demander aux États de s'interroger sur l'évolution de leur droit. Ce membre de phrase n'ajoute rien à la directive et devrait donc être supprimé.

13. M. Momtaz accueille avec satisfaction les explications fournies par le Rapporteur spécial en réponse aux commentaires de M. Gaja et de Mme Escarameia sur le projet de directive 2.5.4. Il va sans dire que l'État réservataire n'est nullement tenu de retirer une réserve déclarée illicite par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité. En effet, ces constatations sont éminemment politiques et ne sauraient lier les États, qui restent maîtres des réserves qu'ils ont formulées. À son avis, ce malentendu s'explique par la rédaction du deuxième point soulevé au paragraphe 110 du rapport, de la façon suivante : « L'État (ou l'organisation internationale) réservataire ne peut pas, pour autant, faire fi de cette constatation et il lui appartient d'en tirer les conséquences » et du troisième point, aux termes duquel : « L'auteur de la réserve doit nécessairement supprimer les causes de l'illicéité constatée ». Le style par trop affirmatif de ces deux points prête certainement à confusion. Ainsi, au paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4, les mots « doit en tirer les conséquences » devraient être modifiés en « devrait en tirer les conséquences » pour mieux refléter l'intention du Rapporteur spécial.

14. L'orateur accueille avec satisfaction les projets de directive concernant la procédure de retrait des réserves qui comblent les lacunes des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Comme il est de l'intérêt de la communauté conventionnelle dans son ensemble de réduire le plus possible le nombre de réserves, il faudrait éviter de transposer purement et simplement les règles relatives à la formulation des réserves à la procédure de retrait. La procédure de formulation des réserves devrait être rendue aussi complexe que possible, celle du retrait facilitée au maximum. À en juger par le paragraphe 89 du rapport, telle semble être la propre conclusion du Rapporteur spécial. Ainsi, si M. Momtaz préfère pour sa part, en matière de compétence à formuler une réserve au niveau international, le projet de directive 2.1.3, dans le cas du retrait des réserves, il opte pour la « formule longue » du projet de directive 2.5.5. Cette version a le grand avantage de permettre aux représentants accrédités ou aux chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale de retirer une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation sans avoir à produire de pleins pouvoirs.

15. Dans la même ligne de pensée, les projets de directives 2.5.5 *bis* (Compétence pour retirer une réserve au plan interne) et 2.5.5 *ter* (Absence de conséquence au niveau international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves) sont les bienvenus car ils sont tous deux de nature à faciliter le retrait des réserves et à réduire au minimum le formalisme en la matière.

16. Enfin, M. Momtaz ne voit aucun inconvénient à ce que les clauses types qui figurent aux paragraphes 164 et 166 du septième rapport soient renvoyées au Comité de rédaction dans la mesure où elles sont incontestablement propres à réduire au minimum les difficultés que les États parties à un traité pourraient rencontrer du fait de la soudaineté de l'effet du retrait d'une réserve.

17. M. TOMKA dit qu'il n'a rien à ajouter au débat sur les projets de directives 2.5.1 et 2.5.2, puisqu'ils se contentent de reprendre les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne dont le Rapporteur spécial a commenté utilement et en long et en large les travaux préparatoires. La question du retrait implicite est, à son avis, purement académique et théorique, car une réserve ne saurait être présumée si, dans la pratique, elle doit être retirée par écrit.

18. Le projet de directive 2.5.3 propose une solution au problème des « réserves oubliées ». Tout en étant rédigée au conditionnel, la formule proposée par le Rapporteur spécial semble impliquer que les États sont tenus de se livrer à un examen périodique de leurs réserves. Vu en particulier les opinions du Rapporteur spécial sur la question, mieux vaudrait reformuler le projet de directive de façon à ce qu'il s'ouvre sur les mots : « Il est recommandé […] », de façon à dissiper tout soupçon qu'il s'agisse d'une obligation à cet égard.

19. Pour ce qui est du projet de directive 2.5.4, si les organes de contrôle de la mise en œuvre des traités sont habilités à évaluer le niveau d'observance par les États des obligations qui leur incombent en vertu du traité considéré, ils ne sauraient imposer à un État l'obligation de retirer une réserve quand bien même cette réserve serait contraire à l'objet et au but du traité. Lorsqu'un tel organe juge une réserve illicite, il appartient à l'État concerné d'en tirer ses propres conclusions. M. Tomka n'est pas hostile à la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que le projet de directive 2.5.4, dont le paragraphe 1 ne prête pas à controverse, soit renvoyé au Comité de rédaction. Par contre, le paragraphe 2 gagnerait à la suppression de la deuxième phrase ainsi conçue : « Le retrait de la réserve constitue pour cet État ou cette organisation internationale un moyen de s'acquitter de ses obligations à cet égard ».

20. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il se réserve le droit de revenir sur les projets de directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis* une fois qu'il aura entendu les commentaires de tous les membres de la Commission à leur sujet. Plusieurs d'entre eux ont fait observer qu'un État n'était pas tenu de retirer une réserve tenue pour illicite par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité. Mais cela ne serait pas vrai si l'organe en question était la Cour internationale de Justice. Quoi qu'il en soit, l'État ou l'organisation internationale a l'obligation de retirer sa réserve à cause non pas de la constatation d'illicéité, mais simplement de son illicéité en droit international; en effet, en l'absence de tout mécanisme de mise en œuvre, le droit international est obligatoire mais non exécutoire. Le fait que les organes de contrôle de la mise en œuvre des traités ne soient pas habilités à obliger les États à agir ne signifie

pas que ces derniers ne soient pas obligés de le faire. Un État peut certes contester la validité d'une constatation, ce qu'il ne peut pas faire, c'est la traiter par le mépris. Il doit pour le moins réagir en la contestant de bonne foi.

21. Relevant la proposition de M. Tomka, le Rapporteur spécial pense pour l'instant que, si l'on supprimait la deuxième phrase du paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4, cette disposition n'aurait alors plus sa place dans la section consacrée au retrait des réserves.

22. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en tant que membre de la Commission, dit que la Commission ne doit pas perdre de vue le rôle fondamental du consentement : si un État assortit un traité d'une réserve jugée illicite, il ne devient pas partie audit traité. Ce qui ne veut pas dire cependant que l'État soit obligé de retirer son offre d'y devenir partie, avec sa réserve, en attendant le jour où il s'avère que cette réserve représente un prix modeste à payer en échange de l'adhésion de l'État au traité. Donner à entendre que le rejet d'une réserve oblige un État à la retirer, ce n'est pas la même chose que déclarer que le rejet d'une réserve indique qu'une entité n'entretient pas de relations conventionnelles avec cet État.

23. M. TOMKA déplore que, selon le Rapporteur spécial, la référence à un organe de contrôle vise des institutions juridictionnelles et autres. Dans la pratique internationale, on entend par organes de contrôle ceux créés par les instruments pertinents, en particulier dans le domaine des droits de l'homme. La CIJ ne saurait cependant pas être considérée comme un organe de cette nature : elle ne reçoit pas de rapports sur la façon dont les États s'acquittent de leurs obligations au titre d'un traité donné. La Cour européenne des droits de l'homme examine des plaintes déposées par des particuliers faisant valoir que tel ou tel État a violé les obligations qui lui incombaient au titre de la Convention européenne des droits de l'homme et elle non plus ne saurait être considérée comme un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité.

24. M. Tomka reconnaît qu'il faut faire la distinction entre une constatation émanant d'un organe de contrôle et celle émanant d'un organe judiciaire. Si la CIJ juge une réserve irrecevable, cela signifie qu'elle est nulle et non avenue et que l'État demeure lié par la disposition conventionnelle visée par la réserve. La réserve elle-même n'a pas d'effet juridique. Il revient à l'État de tirer les conclusions qui s'imposent de la constatation. En revanche, le fait qu'un organe de contrôle juge une réserve irrecevable n'oblige aucunement l'État à retirer sa réserve.

25. M. PELLET (Rapporteur spécial), répondant aux observations du Président mais se référant aussi à la déclaration faite par M. Gaja à la séance précédente, dit qu'il est surpris de voir que l'on fait dire au projet de directive 2.5.4 des choses qu'il ne dit pas. La seconde phrase du paragraphe 2 est ainsi conçue : « Le retrait de la réserve peut constituer », non « Le retrait de la réserve doit constituer ». Nulle part dans le projet il n'est indiqué que l'État est obligé de retirer une réserve, au contraire, il « doit agir en conséquence » face à l'illicéité de la réserve; il doit mettre un terme à cette illicéité et le moyen évident d'y parvenir consiste à retirer la réserve.

26. Relevant les observations de M. Tomka, le Rapporteur spécial admet avoir eu tort de dire que l'on pouvait considérer la CIJ comme un organe de contrôle, encore que l'on puisse plaider pour une qualification de ce genre dans le cas de la Cour européenne des droits de l'homme et c'est ce qu'il a fait lorsque la Commission a passé en revue les décisions prises par celle-ci pour rédiger ses Conclusions préliminaires. Le Rapporteur spécial convient par ailleurs que les organes de contrôle ne peuvent pas annuler une réserve : l'arrêt *Belilos* lui a toujours paru inacceptable, mais le fait est qu'il existe. Jusqu'ici, le débat sur le projet de directive 2.5.4 lui semble confirmer les Conclusions préliminaires adoptées par la Commission à sa quarante-neuvième session.

27. M. TOMKA demande quelle est la source de l'obligation à retirer une réserve illicite dont, selon le projet de directive 2.5.4, l'État peut s'acquitter. Il va sans dire que comme elles figurent dans un texte juridique, ces obligations sont d'ordre juridique et non moral ou politique. S'inscrivent-elles dans le droit international ou sont-elles consacrées dans les Conventions de Vienne ? Elles ne sont certainement pas imposées à l'État par un quelconque organe de contrôle.

28. M. GAJA dit qu'il faut faire une distinction entre une constatation d'illicéité par un organe de contrôle et les effets d'une telle constatation et l'illicéité de la réserve elle-même. Cette distinction est bien soulignée dans les Conclusions préliminaires adoptées par la Commission à sa quarante-neuvième session. M. Gaja reconnaît avec le Président que le retrait d'une réserve qui a été jugée irrecevable n'est pas le seul moyen d'action ouvert à l'État : celui-ci peut, comme il est indiqué au paragraphe 10 des Conclusions préliminaires, renoncer à devenir partie au traité ou modifier sa réserve de façon à en éliminer l'irrecevabilité. Si le paragraphe 2 du projet de directive faisait état des trois options et pas uniquement du retrait, il serait disposé à l'accepter. Tel qu'il est actuellement libellé, il pense que le retrait est trop étroitement lié à la constatation d'un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité.

29. Mme ESCARAMEIA, rappelant le problème qu'elle a soulevé à la séance précédente, dit que la première phrase du projet de directive 2.5.4 suscite une ambiguïté dans la mesure où elle mentionne un « organe » chargé de suivre la mise en œuvre d'un traité. Elle vise par conséquent non pas nécessairement les organes de suivi des droits de l'homme, mais d'autres aussi, y compris des organes judiciaires comme le Rapporteur spécial l'a donné à entendre dans ses commentaires. Mme Escarameia ne pense pas que ces organes se livrent à un suivi lorsqu'ils traitent de problèmes soulevés au titre d'un traité et il en va tout spécialement ainsi des organes judiciaires régionaux. Une autre difficulté vient de ce qu'un futur traité pourrait créer expressément un organe chargé de déterminer si des réserves sont licites ou non. L'ambiguïté dont elle a fait état s'étend au libellé du paragraphe 2 : l'État « doit en tirer les conséquences ». Qu'est-ce que cela veut dire ? Cela dépendra de l'acceptation par l'État des constatations faites par l'organe en question et de la question de savoir s'il a le pouvoir de formuler des décisions obligatoires ou des recommandations.

30. M. BROWNLIE dit que, s'il était le Rapporteur spécial, il ferait observer que la Commission rédige un guide de la pratique et ne se livre pas à un exercice de codification juridique. S'agissant du point à l'examen, on ne peut que constater un mélange des genres puisque le Guide souligne le devoir politique ou moral d'un État à revoir sa position s'il a fait une réserve illicite. Il reconnaît la grande diversité des organes de contrôle. En Europe, avant la création de la Cour européenne des droits de l'homme, la Commission européenne des droits de l'homme qui avait un rôle de diffusion de l'information et ne possédait pas le pouvoir de prendre des décisions d'application obligatoire, puisqu'elle s'intéressait essentiellement au règlement amiable des différends, en était le meilleur exemple. Les constatations n'émanent donc pas toutes d'organes judiciaires proprement dits, chargés du règlement des différends sur le modèle de la CIJ et ne sont pas toutes exécutoires. L'État réservataire a donc le devoir moral de revoir sa position à la lumière du fait que l'auteur d'une décision faisant autorité mais n'étant pas d'application automatique a pris une certaine position par rapport à sa réserve.

31. M. Sreenivasa RAO partage le point de vue de MM. Brownlie et Gaja, à savoir que la directive rassemble trop d'idées en trop peu de mots et devrait être étoffée. Il croyait comprendre, d'après de précédents échanges de vues à la Commission, qu'une constatation d'illicéité faite par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité ne représentait qu'une recommandation à l'adresse de l'État pour qu'il examine de près la question : la constatation n'a pas force exécutoire. Il reconnaît par ailleurs qu'il faut faire la distinction entre les organes judiciaires et les organes de suivi des traités et entre leurs pouvoirs respectifs.

32. M. MANSFIELD dit que la Commission ne devrait pas perdre de vue l'objet original de l'exercice qui est de mettre au point des directives utiles aux États dans leur pratique. Le projet de directive 2.5.3 est très utile, à son avis, encore que le paragraphe 2 lui donne quelques soucis. Par contre, le projet de directive 2.5.4 est obscur et prête même à des erreurs d'interprétation dans la mesure où il cherche à combiner de trop nombreux éléments en trop peu d'espace. Il va manifestement de soi que le fait qu'un organe de contrôle juge une réserve illicite n'oblige pas un État à la retirer, mais peut-être vaut-il mieux ne pas le dire.

33. M. CHEE dit que le projet de directive 2.5.4 soulève un certain nombre de questions. Une obligation légale au titre d'une directive se distingue-t-elle d'une obligation légale au titre d'un traité ? La Cour internationale de Justice et la Cour européenne des droits de l'homme sont-elles des organes juridictionnels ou des organes consultatifs ? Il faudrait bien préciser dans le projet de directive si l'organe de suivi d'un traité est habilité à faire appliquer une constatation d'illicéité.

34. M. BROWNLIE dit que, au risque de compliquer les choses, il fera observer que, même si un organe de contrôle est doté d'un mandat impératif, la question de savoir s'il doit être donné automatiquement suite à ses décisions n'est pas tranchée.

35. M. PELLET (Rapporteur spécial) rappelle, en réponse aux observations de M. Chee, que le Guide de la pratique a le caractère de recommandations plutôt que force obligatoire. Il fait siennes les observations de M. Gaja et d'autres membres de la Commission. Pour ce qui est de la question posée par M. Tomka concernant les fondements des obligations de l'État, il s'avérera probablement qu'il s'agit de l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, mais cela reste à régler à la prochaine session, lorsque le feuilleton reprendra. Dans l'intervalle, il est clair qu'il existe différentes catégories d'obligations : il est absurde de créer un organe de contrôle sans accepter les constatations qu'il pourrait formuler. Un État ou une organisation internationale est tenu de prendre des mesures s'il veut faire valoir sa bonne foi. Il est vrai que certains États puissants ne prêtent aucune attention aux constatations de ces organes, mais une telle conception des choses est contraire au droit international. Peut-être le Rapporteur spécial a-t-il eu tort d'employer le terme « contrôle » vu la diversité des organes existants. Il aurait mieux valu employer une expression comme « organe habilité à constater la licéité de la réserve », formule qui couvrirait notamment la CIJ, la Cour européenne des droits de l'homme, l'ancienne Commission européenne des droits de l'homme, la Cour interaméricaine de justice et le Comité contre la torture. Mais le Rapporteur spécial ne voit pas l'utilité de faire la distinction entre les différentes catégories d'organes de suivi dans le projet de directive, encore qu'il n'ait aucune objection à le faire dans le commentaire. Quant à l'expression « en tirer les conséquences » qui a suscité des objections, en anglais comme en français, elle implique manifestement sans le dire de façon explicite que le retrait d'une réserve est la meilleure solution puisque c'est le moyen le plus sûr pour un État de s'acquitter de ses obligations, mais il ne s'agit pas nécessairement du seul. Le Rapporteur spécial rédigera malgré tout un nouveau texte qui, espère-t-il, tiendra compte des différentes questions soulevées.

36. M. COMISSÁRIO AFONSO félicite le Rapporteur spécial pour son rapport, complet et clair, qui avance plusieurs propositions novatrices. Les projets de directives 2.5.1 et 2.5.2, pleinement conformes aux Conventions de Vienne, sont tout à fait acceptables. De fait, la seule question qui se pose est celle de savoir s'il faut suivre de si près ces conventions. Après tout, l'objectif du Guide de la pratique est de les mettre en pratique plutôt que de simplement les citer. M. Comissário Afonso espère que le Guide indiquera les sources des directives, de façon à assurer la plus large diffusion possible du texte des Conventions.

37. Il est tout à fait impossible de concilier l'idée de retraits implicites avec le principe que le retrait doit être formulé par écrit. La raison en est claire : l'exigence d'un retrait écrit sert un objectif important : injecter de la certitude dans les relations entre États parties. Il est vrai qu'il y a bien eu, dans la pratique des États, ce que l'on pourrait interpréter comme des retraits implicites, mais de tels retraits ne peuvent avoir d'effet juridique tant qu'ils n'ont pas été dûment rédigés par écrit.

38. Le projet de directive 2.5.3 est aussi des plus utiles et devrait figurer dans le Guide de la pratique. L'orateur partage pleinement l'avis du Rapporteur spécial quant à la différence entre le retrait et l'expiration d'une réserve, dont il est question au paragraphe 98 de son rapport. Il

fait aussi sienne l'idée qu'il faudrait prévoir une directive qui encourage les États à retirer leurs réserves obsolètes ou superflues. Pour ce qui est du projet de directive 2.5.4, il approuve les amendements apportés par M. Gaja à la séance précédente. Il ajoutera simplement que – sans vouloir rouvrir le débat sur l'illicéité – dans certaines versions linguistiques les paragraphes 108 à 113 renvoient aux notions de « recevabilité/admissibilité » et d'« irrecevabilité/inadmissibilité », qu'il préfère pour sa part à celles de « licéité » et d'« illicéité ». Mais comme on trouve dans le projet de directive lui-même le terme « illicite », il se demande si ce terme s'explique simplement par le souci de maintenir une certaine cohérence avec les directives déjà adoptées.

39. Enfin, le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4 devrait être harmonisé avec les Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, adoptées par la Commission du droit international à sa quarante-neuvième session comme il est indiqué au paragraphe 109 du rapport.

40. M. KABATSI, comme d'autres membres de la Commission, juge les projets de directives 2.5.1 et 2.5.2 tout à fait acceptables et pense qu'il faudrait les renvoyer au Comité de rédaction. En ce qui concerne la notion de retraits implicites, il estime que le but de la Commission étant de donner des conseils aux États et aux organisations internationales, la certitude est de la plus haute importance. Si un État retire une réserve, il est indispensable que les autres parties en soient informées et que le retrait s'effectue par écrit.

41. Le projet de directive 2.5.3 est lui aussi très utile. La situation évolue souvent au sein d'un État ou d'une organisation internationale et pourtant l'un ou l'autre peut ne pas prendre en temps opportun les mesures voulues pour retirer leur réserve. Ils peuvent aussi simplement avoir oublié qu'ils en ont formulé une. Il arrive aussi que l'équipe au pouvoir ait changé et la politique de l'État avec elle. Enfin, des parties peuvent être persuadées par les mesures prises par une autre partie de retirer leurs réserves. S'agissant du projet de directive 2.5.4, M. Kabatsi ne peut partager l'idée qu'il risquerait de poser problème. Il énonce en effet de façon tout à fait utile ce qu'un État devrait faire si un organe de contrôle estime qu'une réserve est illicite. Il s'agit d'une simple recommandation, surtout si l'État ou l'organisation auteur de la réserve ne conteste pas la constatation. Les difficultés rencontrées par d'autres membres de la Commission lui semblent mineures. Sans être d'application obligatoire, la directive donne à l'État l'occasion de revoir et peut-être de retirer ses réserves. Le Comité de rédaction pourrait peut-être trouver le libellé voulu pour indiquer les mesures précises qu'un État serait appelé à prendre. Après tout, la Commission a le choix entre donner des conseils judicieux ou garder le silence sur la question.

42. M. GALICKI dit que les projets de directive traitent de questions de fond qui peuvent se poser à propos des réserves. Il approuve pour sa part les projets de directives 2.5.1 et 2.5.2. Sa seule réserve concerne le membre de phrase « À moins que le traité n'en dispose autrement » employé dans le projet de directive 2.5.1 : il faudrait soit le supprimer, soit l'insérer dans une directive de caractère général, faute de quoi, il pourrait donner l'impression que cette directive doit s'appliquer différemment des autres. Quant à la forme du retrait, il partage l'idée que la seule acceptable est par écrit, encore qu'il trouve intéressante la suggestion de M. Momtaz plaidant pour une procédure simplifiée de retrait des réserves, semblable à celle proposée pour la formulation des réserves elles-mêmes. De même qu'il existe un ensemble uniforme d'obligations pour formuler des réserves, de même il faudrait prévoir un ensemble uniforme de règles applicables à leur retrait.

43. M. Galicki ne partage pas le point de vue des membres de la Commission qui critiquent le projet de directive 2.5.3, lequel est, à son avis, des plus utiles : il s'écarte du carcan des dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et prend pleinement en considération la réalité des relations conventionnelles, y compris le fait que les États prêtent souvent peu attention à l'importance de préserver l'intégrité des traités. Qui plus est, il est parfois difficile, comme dans son pays par exemple, d'obtenir des renseignements sur la position de la législation interne par rapport à des réserves faites des années plus tôt à des traités internationaux. Il préférerait tout de même remplacer, dans la version anglaise, les mots « *internal legislation* » par une formule mieux adaptée au cas des organisations internationales.

44. L'orateur a longtemps réfléchi au projet de directive 2.5.4. Il faudrait sans aucun doute traiter du retrait des réserves dans le Guide de la pratique, mais peut-être la directive pertinente devrait-elle être placée ailleurs. D'autres problèmes se posent aussi : l'emploi de la notion tantôt d'« illicéité », tantôt d'« irrecevabilité/inadmissibilité » représente pour la Commission une bombe à retardement. De plus, comme M. Brownlie l'a dit, il existe différents types d'organes de suivi, certains dotés de pouvoirs judiciaires, d'autres non. Ainsi, le Comité des droits de l'homme a un pouvoir, mais pas celui de prendre des mesures d'application obligatoire. Naturellement, le Rapporteur spécial ne cherche pas à énoncer les obligations d'un État, mais les mots « en tirer les conséquences » semblent si vagues qu'ils accroissent le doute quant aux mesures qu'un État devrait prendre. Un autre élément tient au déroulement des opérations : il est étrange qu'un organe de suivi juge une réserve illicite alors même que le traité est déjà entré en application et que les autres parties ont, selon toute vraisemblance, accepté la réserve. Le Comité de rédaction devrait examiner le libellé le plus minutieusement possible parce que, malgré certaines déficiences, cette directive est très intéressante. Peut-être serait-il utile de consacrer une directive spécialement au rôle que devraient jouer les organes de contrôle et au poids à accorder à leurs constatations.

45. Enfin, en ce qui concerne l'approche suivie dans le projet de directive 2.5.5, M. Galicki doute qu'il soit utile ou nécessaire de répéter les mêmes formules ou de reprendre des formules très semblables. Le Rapporteur spécial a donné à la Commission le choix entre des versions plus ou moins longues. Certains membres préféreraient certainement la version plus longue, reprenant la formule employée dans l'article 7 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, mais cela implique d'utiliser le même libellé pour la formulation et le retrait et des réserves et des objections. Il faudrait employer la version plus courte, en s'attachant particulièrement à souligner les différences.

46. M. PELLET (Rapporteur spécial) demande à MM. Momtaz et Galicki ce qu'ils proposent d'ajouter au projet de directive 2.5.2.

47. M. MOMTAZ dit qu'il n'a rien à ajouter à la directive. Il estime que le texte actuel est tout à fait pertinent.

48. M. GALICKI ne tient pas à réécrire le projet de directive 2.5.2. Il s'est contenté de suggérer d'exploiter toutes les possibilités pour créer des conditions facilitant le retrait des réserves et d'indiquer que les membres du Comité de rédaction pourraient recenser ces possibilités. En examinant les retraits implicites, il serait peut-être possible de recourir à certains procédés techniques pour trouver une formule compatible avec cette idée, sans entrer en conflit avec la règle générale qui veut que le retrait d'une réserve soit formulé par écrit.

49. M. CHEE dit que le projet de directive 2.5.2, selon lequel le retrait d'une réserve doit être formulé par écrit et qui vise donc un retrait explicite, est suivi dans le rapport de la formule : « La question des retraits implicites », d'où un conflit entre les deux textes. Le Rapporteur spécial renvoie au cas du retrait implicite au paragraphe 93, mais la situation décrite est celle d'un instrument remplaçant ultérieurement un premier instrument. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.3, le paragraphe 111 renvoie à l'affaire *Belilos* et au retrait partiel de la réserve par la Suisse. Une réserve peut-elle être partielle ?

50. M. Chee convient avec M. Tomka qu'il faudrait supprimer la deuxième phrase du paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4. Si le Rapporteur spécial tient à la conserver, il pourrait peut-être la modifier pour qu'elle reflète le titre de la directive. Enfin, M. Chee appuie pleinement le projet de directive 2.5.6 *ter* qui est conforme à l'alinéa *d* du paragraphe 1 de l'article 77 de la Convention de Vienne de 1969, consacré aux fonctions du dépositaire.

51. M. KEMICHA dit que les projets de directives 2.5.1, 2.5.2 et 2.5.3 pourraient être renvoyés au Comité de rédaction. Il partage par contre l'hésitation de certains des membres de la Commission au sujet du projet de directive 2.5.4, sur le retrait des réserves tenues pour illicites, et préfère ne pas se prononcer sur le champ à ce sujet parce qu'il a du mal à comprendre les obligations qui en découlent pour un État réservataire. Aux termes de cette directive : « l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve doit en tirer les conséquences », ce qui implique que c'est, plutôt qu'une obligation, quelque chose que l'on attend de lui. Peut-être le Rapporteur spécial pourrait-il indiquer certains éléments donnant une base juridique aux obligations qui en découlent.

52. Tout en respectant le point de vue du Rapporteur spécial, M. Kemicha préfère les versions plus longues des projets de directives 2.5.5 et 2.5.6 qui donnent plus de précisions; il ne faudrait pas perdre de vue que le texte débouchera sur un guide de la pratique. Enfin, pour la même raison, il est partisan d'inclure les clauses types.

53. Le PRÉSIDENT invite le Rapporteur spécial à présenter les projets de directives 2.5.11 et 2.5.12.

54. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il se propose de présenter le dernier épisode, mais non l'épilogue du feuilleton, parce que la section B à l'examen ne présente qu'une partie des développements qu'il avait l'intention de consacrer à la modification des réserves. Il a rédigé la suite qui porte sur les modifications aggravantes, celles qui consistent à étendre la portée des réserves, mais trop tard pour qu'elle puisse être traduite. Ce document ne porte donc que sur les modifications qui amoindrissent l'étendue de la réserve, c'est-à-dire sur les retraits partiels.

55. Le Rapporteur spécial répond catégoriquement par l'affirmative à la question que s'est posée M. Chee de savoir s'il pouvait y avoir des retraits partiels. Comme les modifications qui aggravent ou atténuent les réserves posent des problèmes différents, il y a lieu d'examiner la question des retraits partiels à la présente session et de reporter à la prochaine l'examen de l'aggravation des réserves. L'aggravation des réserves est à rapprocher de la formulation tardive des réserves parce que, lorsqu'un État aggrave une réserve, il ajoute quelque chose à la réserve ou soustrait quelque chose d'autre au texte du traité. Il ajoute donc à son refus de mettre en œuvre l'ensemble du texte. En revanche, le retrait partiel de réserves est étroitement lié au retrait total, parce qu'il n'ajoute rien à la réserve, mais plutôt lui enlève quelque chose, accroissant par là les obligations de l'État.

56. À cet égard, le Rapporteur spécial propose deux projets de directives principaux 2.5.11 (Retrait partiel d'une réserve) et 2.5.12 (Effet du retrait partiel d'une réserve), ainsi qu'un projet 2.5.11 *bis*, pendant du projet de directive 2.5.4.

57. Le projet de directive 2.5.11, qui figure au paragraphe 210 du rapport, consiste en deux paragraphes qu'il serait sans doute préférable d'intervertir, car la définition devrait précéder les règles sur la forme et la procédure applicables au retrait partiel et à ses effets. Le premier des paragraphes actuels renvoie aux règles en vigueur en cas de retrait total. La définition proposée dans le paragraphe 2 exige peu d'explications, mais constitue un point de départ nécessaire et souligne que l'on ne peut parler de « retrait partiel » que si les effets juridiques de la réserve sont atténués de façon que l'application du traité se trouve assumée plus complètement. Mais la définition montre aussi qu'il s'agit de la modification d'une réserve existante et non d'un retrait total suivi d'une nouvelle réserve. Cela peut sembler évident mais, à en croire l'examen des ouvrages consacrés à la question, ce qui semble évident a été négligé par certains spécialistes de la doctrine et de la pratique. On ne voit pas bien si un retrait partiel représente une simple modification parce que la pratique du Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies n'est pas absolument constante et repose parfois sur une interprétation différente. À cet égard, le Rapporteur spécial appelle l'attention de la Commission sur le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, cité au paragraphe 205 de son rapport, d'après lequel les auteurs semblent exclure la notion de retrait partiel au profit d'un retrait total « suivi de la formulation de nouvelles réserves »[4].

58. Certains auteurs ont analysé sur cette base un arrêt important de 1992 rendu par le Tribunal fédéral suis-

[4] *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (voir 2735e séance, note 5), par. 206.

se dans l'affaire *F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie*. En l'espèce, le Tribunal fédéral a considéré que la déclaration interprétative de la Suisse dans l'affaire *Belilos* que la Cour européenne des droits de l'homme avait jugée non valide n'existait plus et que la Suisse ne pouvait la retirer partiellement ni l'atténuer pour tenir compte des raisons qui avaient conduit la Cour européenne à la considérer non valide. Le Tribunal fédéral a statué que la Suisse pouvait uniquement formuler une nouvelle réserve, laquelle, en l'occurrence, aurait été une réserve tardive et donc illicite. Cet arrêt est intéressant mais, de l'avis du Rapporteur spécial, erroné. Comme il l'indique au paragraphe 206 du rapport, s'agissant de la pratique du Secrétaire général, et, au paragraphe 200, au sujet de l'affaire *F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie*, d'autres interprétations sont possibles. Par exemple, dans son arrêt de 1992, le Tribunal fédéral déclarait expressément que « si la déclaration de 1988 ne représente qu'une précision et une limitation de la réserve apportée en 1974, rien ne s'oppose à ce procédé » [p. 535 de l'arrêt]. Ainsi, par cette phrase, le Tribunal fédéral semblait admettre qu'il n'y avait pas de raison pour que la Suisse ne puisse pas faire un retrait partiel et atténuer sa réserve et qu'il avait d'autres raisons de penser que la nouvelle réserve de la Suisse n'était pas valide.

59. Évoquant la pratique du Secrétaire général, le Rapporteur spécial indique qu'une note verbale importante du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies (Modification des réserves) datée de 2000[5] (que la Commission a examinée de façon approfondie à propos des délais pour objecter à une réserve tardive) fait nettement la distinction entre la modification d'une réserve existante et le retrait partiel d'une réserve existante. Le Secrétaire général estime que la procédure employée pour la formulation tardive d'une réserve devrait être suivie dans le premier cas, alors que cela n'est pas nécessaire dans le cas d'un retrait partiel. Cette position est fondée parce qu'un retrait partiel n'équivaut pas à formuler une nouvelle réserve, mais consiste à retirer une partie d'une réserve quant au fond. Quoi qu'il en soit, la circulaire contredit le *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* et, dans ce cas, la note verbale a raison, tandis que le *Précis de la pratique* a tort. Comme le Rapporteur spécial l'a déjà dit, la pratique du Secrétaire général manque parfois de rigueur. Des retraits partiels sont souvent traités comme s'ils aggravaient la réserve et des atténuations comme s'il s'agissait de réserves tardives, ce qui est inacceptable. Le Rapporteur spécial tente de le montrer aux paragraphes 203 à 205. Par contre, la pratique récente du Conseil de l'Europe dans le cas des retraits partiels semble être tout à fait logique et montre qu'un retrait partiel modifie véritablement une réserve existante et ne vaut pas formulation d'une nouvelle réserve.

60. Il en résulte qu'il faut suivre la même procédure pour le retrait partiel et total de réserves, comme l'avait envisagé sir Humphrey Waldock lorsqu'il était rapporteur spécial sur le droit des traités[6]. De nombreuses clauses de réserves, visées ici au paragraphe 188 du rapport, qui mettent sur le même plan le retrait total et le retrait partiel le confirment également. C'est en effet une bonne chose car il faut encourager les États à retirer leurs réserves; le retrait partiel devrait être autorisé car il peut déboucher sur un retrait total. C'est pourquoi les règles applicables au retrait partiel ou au retrait total devraient être conçues de manière à faciliter le retrait. Si l'on reprend les règles proposées dans le projet de directive 2.5.1, le retrait pourrait intervenir à tout moment sans que les autres parties puissent s'y opposer comme le prévoit expressément le paragraphe 1 de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. En général, le Rapporteur spécial ne voit aucune contre-indication à transposer les projets de directives 2.5.2, 2.5.5, 2.5.6, 2.5.9 et 2.5.10 à la section consacrée au retrait partiel qui traite de la forme du retrait, de la compétence à représenter l'État ou l'organisation internationale, de la communication du retrait, des fonctions du dépositaire et de la date effective du retrait. Le seul problème est une question de rédaction. Faut-il renvoyer directement aux projets de directive qu'il vient de mentionner ou suffit-il de procéder de manière générale comme il l'a fait dans le projet de directive 2.5.11, énoncé au paragraphe 210 du rapport ? Une troisième solution pourrait être d'ajouter dans chacun de ces projets les mots « retrait total ou partiel » au lieu de prévoir un ensemble de directives sur le retrait total et deux projets de directive sur le retrait partiel. Le Rapporteur spécial a envisagé cette dernière solution, mais n'en est pas partisan car, comme il l'a indiqué, il est important de définir ce qu'il faut comprendre par retrait partiel et tel est le rôle du projet de directive 2.5.11. Par ailleurs, on ne peut transposer les projets de directives 2.5.7 et 2.5.8 sur les effets du retrait total, car le retrait partiel laisse subsister la réserve et ne fait pas disparaître *ipso facto* les objections que d'autres États ou organisations internationales ont pu faire, même s'il serait certainement opportun de réexaminer la nécessité de les maintenir. Le projet de directive 2.5.12 définit les conséquences d'un retrait partiel.

61. Il reste le problème délicat des conséquences à tirer de la constatation de la non-validité d'une réserve par un organe de contrôle, que le Rapporteur spécial a longuement exposé en présentant le projet de directive 2.5.4. Sur ce point, il tient simplement à appeler l'attention de la Commission sur l'arrêt rendu en 1992 par le Tribunal fédéral suisse dans l'affaire *F. c. R. et Conseil d'État du canton de Thurgovie*. Il estime que le raisonnement du Tribunal fédéral repose sur un postulat erroné puisqu'il part de l'idée que la Cour européenne des droits de l'homme aurait pu invalider la déclaration interprétative ou réserve de la Suisse, ce que la Cour elle-même pensait visiblement avoir le droit de faire. En partant de ce postulat, il était logique de considérer que la Suisse ne pouvait modifier sa réserve, elle pouvait seulement la retirer. Pourtant, ce raisonnement n'était pas si logique que cela parce que l'on pouvait se demander si la Suisse avait quoi que ce soit à faire puisque – toujours selon ce postulat erroné – la réserve aurait été invalidée par l'arrêt *Belilos* de la Cour européenne des droits de l'homme, ce que, pour sa part, le Rapporteur spécial ne peut accepter. S'il ne se propose pas de reprendre le raisonnement qui est à la base du projet de directive 2.5.11 *bis*, il est tout à fait convaincu que le postulat du raisonnement de la Cour européenne des droits de l'homme et du Tribunal fédéral suisse est erroné,

[5] *Manuel des traités* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.02.V.2), annexe 2.

[6] Voir le paragraphe 6 du projet d'article 17 du premier rapport sur le droit des traités de sir Humphrey Waldock, *Annuaire... 1962*, vol. II, doc. A/CN.4/144 et Add.1, p. 69.

que les organes de contrôle, dont la Cour européenne des droits de l'homme, peuvent seulement constater qu'une réserve est illicite et, suite à cette constatation, qu'il appartient à l'État réservataire d'en tirer les conséquences. Le retrait partiel de la réserve peut être une façon d'en tirer les conséquences tout comme la solution plus radicale du retrait total. C'est ce que prévoit le projet de directive 2.5.11 *bis*, qu'il n'y aurait pas d'inconvénient, comme l'indique le paragraphe 216 du rapport, à fusionner avec le projet de directive 2.5.4.

62. Le Rapporteur spécial attend avec intérêt les réactions des membres de la Commission à ses nombreuses propositions, dont il reconnaît volontiers le caractère technique. Mais le droit est une technique et il n'est pas possible de toujours batifoler dans les hautes sphères des idées générales. Peut-être les projets de directive, qui sont un peu terre-à-terre, offrent-ils l'occasion de développer le vrai droit.

La séance est levée à 13 heures.

2737e SÉANCE

Vendredi 26 juillet 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités[1] *(suite)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du septième rapport du Rapporteur spécial sur les réserves aux traités (A/CN.4/526 et Add.1 à 3).

2. M. YAMADA dit qu'il souscrit à la plupart des 11 projets de directive proposés par le Rapporteur spécial, dont seuls quelques-uns lui semblent appeler des observations.

3. En ce qui concerne la directive 2.5.3 (Réexamen périodique de l'utilité des réserves), il partage totalement l'opinion exprimée par le Rapporteur spécial au paragraphe 102 de son rapport, à savoir qu'il convient d'insérer dans le Guide de la pratique un projet de directive tendant à inciter les États à retirer les réserves devenues obsolètes ou superflues, et au paragraphe 105, à savoir qu'une telle directive ne saurait être qu'une recommandation et que les États resteraient entièrement libres de retirer ou non leur réserve. Toutefois, tel qu'il est actuellement libellé, à tout le moins dans sa version anglaise, le projet de directive 2.5.3 semble aller au-delà. Il met davantage l'accent sur l'intégrité des traités, et modifie ainsi l'équilibre entre intégrité et universalité. Pour M. Yamaha, les États ne devraient pas formuler des réserves à la légère, et les réserves formulées après mûre réflexion n'ont pas à être réexaminées après une brève période. C'est pourquoi M. Yamada appuie la proposition de M. Tomka tendant à ce que la directive soit reformulée sous forme de recommandation.

4. En ce qui concerne les projets de directives 2.5.4, 2.5.11 *bis* et 2.5.X, relatives au retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité, dont la première a suscité de vifs débats à la séance précédente, M. Yamada tient à confirmer d'emblée qu'il appuie la position exprimée par la Commission au paragraphe 10 de ses Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme[3], adoptées à sa quarante-neuvième session, en 1997. Aux termes de ce paragraphe, en cas d'illicéité d'une réserve, c'est à l'État réservataire qu'il appartient d'en tirer les conséquences. Cet État peut, par exemple, modifier sa réserve de manière à faire disparaître l'illicéité ou la retirer, ou encore renoncer à devenir partie au traité. Il ne s'agit bien entendu pas de reprendre l'examen de ces conclusions préliminaires, mais le problème que pose la directive 2.5.4 (Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité), et en particulier son paragraphe 2, est qu'elle ne reprend qu'une partie des éléments figurant au paragraphe 10 de ces conclusions. C'est sans doute pourquoi M. Rosenstock a déclaré que le principe cardinal du droit international était le consentement des États. Le Rapporteur spécial indique au paragraphe 110 de son rapport que la constatation de l'illicéité d'une réserve ne saurait s'analyser ni comme une abrogation ni, encore moins, comme un retrait de celle-ci. M. Yamada se déclare parfaitement d'accord sur ce point et indique qu'il n'a aucune difficulté en ce qui concerne le paragraphe 1 des directives 2.5.4 et 2.5.X (Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité), mais peut-être le paragraphe 2 n'a-t-il pas sa place dans ces directives, et devrait être supprimé. Si l'on doit le conserver, il faut le remanier. Le Rapporteur spécial dit au paragraphe 110 que l'État (ou l'organisation internationale) réservataire ne peut pas, pour autant, faire fi de la constatation et qu'il lui appartient

[1] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[3] Voir 2734e séance, note 7.

d'en tirer les conséquences; il doit supprimer les causes de l'illicéité, et l'un des moyens de le faire, le plus radical mais le plus satisfaisant, consiste évidemment à retirer la ou les réserves contestées. M. Yamada ne conteste pas cette opinion mais estime qu'en l'occurrence la véritable question est celle de savoir qui a le pouvoir de se prononcer sur la licéité des réserves. Le régime institué par les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 laisse à chaque État partie le soin de le faire si les États n'en sont pas convenus autrement. C'est pourquoi, si l'on doit conserver le paragraphe 2, il faut définir avec précision quel est l'organe qui constate l'illicéité des réserves. À cet égard, même une décision de la CIJ déclarant une réserve illicite ne lierait pas les États parties au traité que la réserve concerne s'ils n'ont pas accepté la compétence de la Cour pour ce qui est du traité en question. Quoi qu'il en soit, ce paragraphe ne doit pas s'écarter de la position prise au paragraphe 10 des conclusions préliminaires adoptées par la Commission à sa quarante-neuvième session.

5. Dans ce contexte, une affaire intéressante est celle de l'adhésion récente de l'Islande à la Convention internationale pour la réglementation de la chasse à la baleine. L'Islande avait dénoncé cette convention en 1992. Elle a une nouvelle fois déposé un instrument d'adhésion la concernant auprès du dépositaire en 2001 avec une réserve concernant une disposition du tableau de la Convention qui fait partie intégrante de celle-ci. À une très faible majorité, la Commission baleinière internationale a considéré que la réserve de l'Islande était illicite et a refusé son adhésion, alors que 16 États parties à la Convention ont accepté cette adhésion avec la réserve. Pour M. Yamada, la Commission baleinière internationale est un organe de gestion des pêches et n'est pas un organe compétent pour statuer sur la licéité d'une réserve, et elle a commis de nombreuses irrégularités juridiques dans la manière dont elle a instruit cette affaire en 2001 et 2002. Il indique qu'il communiquera des données détaillées sur cette affaire au Rapporteur spécial, pour référence.

6. M. DAOUDI note pour commencer que le texte du projet de directive 2.5.1, relatif au retrait des réserves, est identique au paragraphe 1 de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 et, comme l'indique le Rapporteur spécial au paragraphe 83 de son rapport, correspond à la pratique des États et des organisations internationales. Ce projet de directive doit donc être conservé tel qu'il est proposé, tout comme le projet de directive 2.5.2 (Forme du retrait), pour les mêmes raisons. Toutefois, la question du retrait implicite des réserves, à laquelle le Rapporteur spécial consacre plusieurs paragraphes de son rapport pour finir par l'écarter, ne devrait pas être laissée de côté. Si les États peuvent modifier les dispositions d'un traité par leur pratique subséquente nonobstant la théorie du parallélisme des formes, une réserve peut tomber en désuétude de par la pratique subséquente de l'État réservataire. Les « réserves oubliées » auxquelles se réfère le Rapporteur spécial au paragraphe 100 de son rapport en sont un exemple. Le projet de directive 2.5.3 est important, et il faut le conserver, moyennant toutefois la suppression de la référence au droit interne des organisations internationales.

7. Quant au projet de directive 2.5.4, il a été rédigé par le Rapporteur spécial avec beaucoup de prudence, mais l'on peut s'interroger sur l'opportunité d'une telle disposition dans le Guide de la pratique. Comme l'ont souligné plusieurs membres de la Commission, les organes de contrôle de la mise en œuvre des traités sont de natures diverses, et ils ne sont pas tous dotés des mêmes pouvoirs en matière de contrôle de la licéité des réserves formulées par les États. Il n'est pas non plus certain qu'un organe judiciaire soit un organe de contrôle au sens de cette directive. Un organe de contrôle intervient normalement en cas de conflit entre l'État réservataire et les autres États parties au traité au sujet de la licéité d'une réserve. Une telle directive du Guide de la pratique risquerait d'être invoquée par certains organes de contrôle pour revendiquer un droit qui ne leur appartient pas. Des membres de la Commission se sont demandé à la séance précédente sur quelles obligations un organe de contrôle se fonderait pour déclarer une réserve illicite, et en vertu de quelle obligation l'État réservataire devrait retirer celle-ci. Le Rapporteur spécial a à juste titre invoqué l'article 19 des Conventions de Vienne, mais le problème est que l'appréciation d'un organe de contrôle quant à la licéité d'une réserve est subjective, car il s'agit d'un organe restreint, composé d'experts élus par des États et dont le jugement peut être influencé par des considérations politiques. Un tel conflit d'appréciation ne peut être tranché que par un organe judiciaire, le cas échéant par l'ensemble des États parties, comme c'est le cas lorsqu'il y a un conflit de cet ordre entre l'État réservataire et le dépositaire du traité. Pour l'État réservataire, il n'existe pas d'obligation de retirer sa réserve à la suite d'une constatation d'illicéité d'un organe de contrôle. Comme l'a indiqué la Commission au paragraphe 10 des Conclusions préliminaires qu'elle a adoptées à sa quarante-neuvième session, cet État a le choix entre modifier sa réserve, renoncer à devenir partie au traité ou retirer sa réserve. M. Daoudi rejoint donc les membres de la Commission qui proposent de ne pas faire figurer le projet de directive 2.5.4 dans le Guide de la pratique.

8. Entre les deux versions proposées par le Rapporteur spécial pour la directive 2.5.5 (Compétence pour retirer une réserve au plan international), la version longue est préférable car elle facilite l'usage du Guide de la pratique; cependant, il faudra peut-être envisager de réexaminer l'ensemble de celui-ci une fois qu'il sera achevé pour déterminer s'il n'est pas opportun de se contenter de renvois dans les cas où il y a des dispositions identiques ou des applications *mutatis mutandis* lorsque des dispositions sont similaires.

9. Enfin, le projet de directive 2.5.5 *bis* (Compétence pour retirer une réserve au plan interne), tel qu'il a été modifié oralement par le Rapporteur spécial, doit être conservé, tout comme le projet de directive 2.5.5 *ter* (Absence de conséquence au niveau international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves).

10. M. PELLET (Rapporteur spécial) demande à M. Daoudi pourquoi il voudrait que, dans le projet de directive 2.5.3, l'on supprime la référence au droit interne des organisations internationales.

11. M. DAOUDI dit qu'il s'agit dans cette disposition de réexaminer les réserves tombées en désuétude parce que le droit interne des États qui les ont formulées a changé, c'est-à-dire parce que des lois ont été adoptées qui

vont à l'encontre desdites réserves. Or les organisations internationales n'ont pas de lois du même ordre.

12. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il ne s'agit pas de lois mais de droit interne, et que les organisations internationales peuvent parfaitement modifier leur droit interne. Il lui paraît important de conserver une disposition de ce type, au moins pour les organisations d'intégration. Il n'y a en effet aucune raison de faire deux poids deux mesures.

13. M. GALICKI indique qu'il limitera ses observations aux directives présentées par le Rapporteur spécial à la séance précédente. Comme l'a indiqué le Rapporteur spécial, le retrait partiel d'une réserve est prévu dans de nombreux traités et il s'agit donc d'une institution consacrée par la pratique des États, et il est utile que le Guide de la pratique contienne des dispositions à cet égard.

14. S'agissant du projet de directive 2.5.11 (Retrait partiel d'une réserve), M. Galicki pense comme le Rapporteur spécial que l'ordre des paragraphes devrait être inversé, et qu'il convient de souligner, comme le fait le texte, que l'objet du retrait partiel est d'atténuer l'effet juridique de la réserve et d'assurer plus complètement l'application des dispositions du traité ou du traité dans son ensemble. La définition donnée par le Rapporteur spécial est toutefois quelque peu idéaliste, et dans certains cas les États pourraient utiliser la procédure du retrait partiel d'une réserve pour modifier celle-ci de manière non à en réduire la portée mais à l'élargir. Le Rapporteur spécial cite la pratique du Secrétaire général et du Conseiller juridique de l'ONU, mais cette pratique ne devrait pas être prise en considération pour définir le retrait partiel car elle risque d'aboutir en fait à des réserves tardives, lesquelles doivent être soumises aux procédures applicables en la matière. Pour être bien clair, il pourrait être opportun d'ajouter à la définition du retrait partiel qui figure dans l'actuel paragraphe 2 du projet de directive 2.5.11 la proposition contenue dans la dernière phrase du paragraphe 219 du rapport, à savoir : « Le retrait partiel ne fait pas disparaître la réserve initiale et ne constitue pas une nouvelle réserve ».

15. S'agissant des projets de directives 2.5.11 *bis* (Retrait partiel des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité) et 2.5.X, ils posent la même difficulté que le projet de directive 2.5.4, à savoir qu'ils ont le défaut de donner certains pouvoirs sur les États aux organes de contrôle de la mise en œuvre des traités. Or, comme l'a dit M. Yamada, même une décision judiciaire ne lie que les États qui ont accepté la compétence de la juridiction qui l'a rendue. Au Conseil de l'Europe, par exemple, il y a de nombreux comités dont la fonction est de surveiller l'application des traités du Conseil, mais leur opinion ne saurait avoir l'effet que leur attribueraient les deux directives en question. Il faudra donc revenir sur ce problème des constatations d'illicéité par des organes de contrôle de la mise en œuvre des traités, d'autant plus que la formulation utilisée dans la version anglaise du projet de directive 2.5.X, « *must take action accordingly* », n'est pas acceptable. Comme l'a aussi fait observer M. Yamada, la directive devrait viser toutes les possibilités envisagées au paragraphe 10 des Conclusions préliminaires adoptées par la Commission à sa quarante-neuvième session.

16. Enfin, s'agissant du projet de directive 2.5.12 (Effet du retrait partiel d'une réserve), il faudrait peut-être en remanier la deuxième phrase pour envisager la situation dans laquelle une objection vise la partie de la réserve qui a été retirée car on peut se demander s'il est bien nécessaire dans un tel cas d'attendre que l'objection soit formellement retirée elle aussi alors qu'elle est désormais sans objet.

17. Mme XUE commence son intervention par des remarques générales portant sur l'ensemble des projets de directive consacrés au retrait des réserves. Comme il l'a lui-même indiqué, le Rapporteur spécial a articulé son travail autour des principes suivants auxquels elle souscrit : l'exercice auquel il s'est attelé vise à donner des orientations pratiques aux États; le retrait d'une réserve est un acte unilatéral de l'État qui en est auteur, qui décide dès lors de l'opportunité, du moment et de la portée du retrait; la pratique actuelle tend à encourager les États à retirer les réserves qu'ils ont formulées; les conventions existantes sur le droit des traités ne contiennent guère d'indication sur la procédure à suivre en cas de retrait d'une réserve et sont carrément muettes sur la modification des réserves. C'est d'ailleurs ce qui fait toute l'utilité du guide projeté.

18. D'une manière générale, les projets de directives 2.5.1 à 2.5.12 reflètent bien les principes susmentionnés. Cependant, Mme Xue se demande s'il est souhaitable d'établir une procédure aussi rigoureuse pour le retrait des réserves que pour leur formulation. En effet, en retirant une réserve, l'État contractant étend ses obligations ou restreint ses droits, ce qui est favorable au régime du traité. C'est peut-être ce qui explique que les dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 relatives à la formulation des réserves sont plus détaillées que celles qui ont trait au retrait.

19. Dans la rédaction du Guide de la pratique, il conviendrait par ailleurs de mettre l'accent sur la pratique générale des traités plutôt que sur certains secteurs ou certaines régions. Il est entendu que les traités relatifs aux droits de l'homme, par exemple, suscitent des préoccupations particulières, mais ils ne sont qu'un aspect particulier du sujet à l'examen. Il en va de même de la pratique régionale. Il faudrait donc s'attacher à fournir des orientations qui puissent être utiles à tous les États et pour tous les traités.

20. Passant à des observations plus spécifiques, Mme Xue dit n'avoir aucune objection à ce que les projets de directives 2.5.1 à 2.5.3 soient renvoyés tels quels au Comité de rédaction. Elle tient néanmoins à appeler l'attention de la Commission sur les points suivants. Dans ses commentaires sur le projet de directive 2.5.2, le Rapporteur spécial évoque la question du retrait implicite sans toutefois y apporter de réponse. De plus, Mme Xue est d'avis qu'il faudrait traiter dans le Guide de la pratique d'autres formes de retrait telles que la déclaration, étant entendu que les relations de l'État auteur avec les autres parties au traité ne se trouvent modifiées qu'une fois que celles-ci ont reçu notification écrite du retrait de la réserve. En revanche, l'État auteur devrait procéder ainsi dès le moment où il annonce son intention de retirer sa réserve, dans la mesure où il ne reviendra pas sur sa décision conformément au principe de la bonne foi, même si le retrait ne devient opposable qu'à partir du moment où les autres États parties en ont reçu notification écrite. En

procédant de la sorte, on contribuerait au renforcement du régime conventionnel.

21. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.3, Mme Xue trouve qu'il est très utile, mais qu'il ne faudrait pas se borner à évoquer le droit interne, car il peut y avoir d'autres circonstances qui inciteraient l'État auteur d'une réserve à la retirer.

22. Le projet de directive 2.5.4 soulève davantage de problèmes, notamment en ce qui concerne la relation entre les constatations d'illicéité par des organes de contrôle et le comportement subséquent de l'État auteur de la réserve. Ainsi, dans le domaine des droits de l'homme, même si l'organe de contrôle formule une constatation d'illicéité à l'égard d'une réserve, les mesures que doit prendre l'État auteur doivent l'être essentiellement au niveau interne. Sur le plan des relations conventionnelles, il appartient aux autres États parties au traité de décider si la réserve en question est licite ou non. Ce n'est pas à l'organe de contrôle de décider des relations entre les parties à un traité. En ce qui concerne le libellé du projet de directive, la première phrase du paragraphe 2 n'est pas nécessaire, puisqu'elle porte sur les obligations des États parties qui découlent du traité, ce qui n'a rien à voir avec le retrait des réserves. De plus, la logique n'est pas respectée dans le texte anglais, du fait de la juxtaposition des mots « *must* » et « *may* ».

23. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.5, Mme Xue s'interroge sur la nécessité de répéter pour le retrait d'une réserve toute la procédure applicable à la formulation des réserves. Toutefois, elle ne s'y opposera pas si les membres de la Commission jugent la répétition nécessaire.

24. S'agissant du projet de directive 2.5.6 *bis* (Procédure de communication du retrait des réserves), Mme Xue se demande s'il y a lieu de mentionner des formes de communication comme le courrier électronique et la télécopie ou s'il serait préférable de s'en tenir à la présentation officielle par voie de note diplomatique.

25. Mme Xue rappelle que les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ne font pas mention de la modification des réserves ni du retrait partiel. Ce silence s'explique par les complications auxquelles une telle procédure peut donner lieu dans la pratique et par les différentes interprétations que peuvent en donner les autres États parties. Si la Commission considère qu'il faut traiter du retrait partiel dans le Guide de la pratique, il serait préférable de l'assimiler, à toutes fins utiles, au retrait pur et simple.

26. Enfin, s'agissant des projets de directives 2.5.11 *bis* et 2.5.X, leur libellé risque de semer la confusion, pour les raisons déjà évoquées à propos du projet de directive 2.5.4.

27. M. PELLET (Rapporteur spécial), répondant à l'observation de Mme Xue au sujet du projet de directive 2.5.2, précise que l'exigence de l'écrit implique que le retrait implicite n'est pas possible. En ce qui concerne les déclarations par lesquelles un ministre des affaires étrangères ou un chef d'État annonce son intention de retirer une réserve, elles relèvent du thème plus général des actes unilatéraux. La proposition de Mme Xue de consacrer une autre disposition à ces déclarations ne se justifie pas, étant donné que tout retrait ne prend effet qu'au moment où il est confirmé par écrit, car les annonces de retrait n'ont rien d'officiel et les États ne peuvent donc pas se fonder sur elles.

28. M. BROWNLIE estime, après avoir entendu les débats consacrés au projet de directive 2.5.4, qu'il faudrait traiter de la question de la licéité des réserves une fois pour toutes. Il semble y avoir consensus sur le fait que, d'une manière générale, les organes de contrôle n'ont pas le pouvoir d'obliger les États à retirer leurs réserves. Le retrait est seulement l'un des moyens qui s'offrent à l'État pour donner suite à une constatation d'illicéité, comme l'a précisé le Rapporteur spécial.

29. M. Brownlie estime qu'il y a lieu d'inclure une clause restrictive précisant que le Guide de la pratique est sans effet sur le pouvoir qu'ont les organes de contrôle de déterminer les relations entre les États du traité.

30. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en son nom propre, dit qu'il ne lui paraît pas souhaitable d'évoquer dans un même souffle le pouvoir des organes de contrôle et les obligations qui sont censées ou non en découler pour les États contractants. Ce faisant, on préjuge en quelque sorte l'existence de ce pouvoir.

31. Mme XUE, revenant sur l'observation qu'elle a faite au sujet du projet de directive 2.5.2, dit que la formulation de la disposition est non seulement correcte mais tout à fait conforme au droit des traités. Elle fait observer que les Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ont trait aux relations des États avec les autres parties contractantes et que, dans ce contexte, l'exigence de l'écrit se justifie pleinement, les États ayant besoin de certitude juridique. En revanche, le Guide de la pratique a pour objet de donner aux États des orientations sur les procédures qu'ils doivent suivre en la matière. Il serait donc utile de préciser que, dès lors qu'il décide de retirer une réserve, l'État doit lui-même agir conformément à cette décision, même avant qu'il ne confirme son retrait par écrit.

32. S'associant par ailleurs aux observations de M. Brownlie et de M. Rosenstock concernant le pouvoir des organes de contrôle, Mme Xue dit qu'il faudrait indiquer que les dispositions du Guide de la pratique sont sans effet sur l'autorité des organes de contrôle de l'application des traités.

33. M. TOMKA pense que la question de l'illicéité a été artificiellement introduite dans le texte. Celui-ci devrait traiter essentiellement du retrait des réserves et l'on ne comprend pas pourquoi on choisit en particulier le cas où un organe de contrôle constate que la réserve est illicite. Il vaudrait mieux laisser de côté cette question pour éviter des écueils et y revenir lorsque la Commission abordera en détail celle de l'illicéité des réserves en tant que telle, ce qu'elle n'a fait jusqu'à présent que sous certains aspects de procédure. Elle ne dispose pas non plus d'une analyse de l'article 19 des Conventions de Vienne. Le problème qui se pose touche en fait au retrait implicite. Or, il convient d'être extrêmement prudent car l'on ne saurait admettre les retraits implicites, surtout si l'on considère que même tous les retraits explicites ne sont pas admissibles. L'effet juridique de la réserve ne se produit que lorsqu'elle est faite par écrit. M. Tomka n'a connaissance d'aucun cas

en pratique de retrait d'une réserve qui n'ait pas été suivie d'une formulation écrite. On peut citer l'exemple de la Tchécoslovaquie et de la Pologne dont les parlements avaient approuvé, et les chefs d'État signé, en 1929 et 1931 respectivement, la déclaration d'acceptation de la juridiction de la CPJI[4] prévue à l'Article 36, paragraphe 2, du Statut de la Cour. Ces déclarations n'ont jamais été déposées auprès du dépositaire. Pour M. Tomka, aucun de ces deux États n'avait donc reconnu la compétence de la Cour comme obligatoire puisque ces déclarations, quoique approuvées par les parlements et signées par les chefs d'État, n'avaient pas été déposées. Elles n'avaient produit aucun effet juridique et aucun État n'aurait pu s'appuyer sur elles pour porter un litige avec la Pologne ou la Tchécoslovaquie devant la CPJI. Une situation similaire est celle où un chef d'État déclare lors d'un sommet que son pays va retirer une réserve : si cette déclaration n'est pas suivie d'une notification écrite du retrait, on doit considérer que la réserve n'a pas été retirée. C'est ce qui ressort clairement des Conventions de Vienne et la Commission ne devrait pas créer subrepticement des malentendus ou des doutes parmi les juristes en ce qui concerne le régime du retrait des réserves.

34. M. CHEE fait observer que la Commission n'est pas en train d'élaborer un traité-loi mais un guide de la pratique, c'est-à-dire un instrument clairement non contraignant. Il convient donc de s'abstenir de termes trop forts, par exemple « l'État doit » : une formule comme « les États sont invités instamment à se conformer » serait préférable. D'autre part, les organes de contrôle ne devraient pas se voir conférer des pouvoirs extraordinaires non autorisés par traité. Si l'organe de contrôle exerce un pouvoir contraignant, c'est qu'il agit en réalité sans le consentement des États, ce qui est une question cruciale dans les relations conventionnelles. M. Chee invite la Commission à se mettre dans une disposition d'esprit telle qu'elle s'en tienne à un vocabulaire approprié à un projet de directives à caractère de recommandation.

35. M. Sreenivasa RAO convient avec M. Tomka que l'on ne devrait donner aucune valeur aux réserves implicites. Mais il peut arriver que des États fassent des réserves puis s'abstiennent de les faire valoir dans leurs relations bilatérales ou multilatérales ou même les abandonnent en raison de divers facteurs. On peut se demander s'il existe des précédents ou une pratique qui puisse donner quelque orientation à la Commission à cet égard. Peut-être pourrait-on penser par analogie aux réserves faites aux déclarations de compétence obligatoire sur lesquelles on n'insiste pas dans un cas donné pendant une période assez prolongée. Si l'État se conduit de telle manière qu'il ne fait pas valoir sa réserve, on peut se demander si à un certain moment il peut se prévaloir du fait qu'elle n'a pas été faite par écrit pour rejeter toute procédure d'estoppel contre lui.

36. M. PELLET (Rapporteur spécial) pense que c'est une bonne analogie mais que cela montre justement qu'on ne peut tirer aucune conséquence juridique du retrait d'une réserve fait oralement. Il n'imagine pas la CIJ, dans le cas qu'évoquait M. Tomka, considérer un État lié par une simple déclaration selon laquelle il allait accepter sa compétence. Comme l'a dit Mme Xue, la déclaration n'a pas d'effet tant qu'il n'y a pas confirmation écrite. Pour sa part, le Rapporteur spécial n'a pas le sentiment qu'on puisse tirer quelque chose de déclarations orales, en tout cas sur le plan du droit des réserves aux traités. Il lui semble qu'il a répondu à l'idée sous-jacente à la proposition de Mme Xue dans le projet 2.5.3 qui, clairement, essaie d'encourager les États à retirer leurs réserves. Le Rapporteur spécial est heureux d'ailleurs que ce projet soit bien accueilli, mais il ne suffit pas de dire aux États qu'ils agissent à bon escient lorsqu'ils retirent leurs réserves. Cela ne débouche sur rien, les États risquant de ne plus savoir très bien quoi faire. Il faut voir quelle est la limite ou la zone frontière entre le droit des réserves, qui relève du droit des traités, et d'autres aspects du droit international que sont le droit de la bonne foi, les actes unilatéraux, etc., qui paraissent reposer sur des problématiques différentes.

37. Mme XUE souscrit aux observations formulées par les intervenants précédents sur le projet de directive 2.5.2, notamment en ce qui concerne les quelques exemples qui ont été donnés. Si l'on y voit une règle absolue, il est certain que le retrait de la réserve doit être fait par écrit, ainsi que le prévoit la Convention de Vienne de 1969. Mais dans ce cas, le projet de directive 2.5.2 n'est pas suffisant. Il faut aller jusqu'au bout et parler de forme écrite de la notification assortie d'une date de prise d'effet du retrait. Ces autres éléments sont indispensables car, ce que l'on a à l'esprit dans cette directive, c'est bien la notification par écrit, et non le seul retrait. Les exemples donnés par M. Tomka illustrent ce point. Un État peut très bien déclarer par écrit qu'il retire sa réserve mais cette simple déclaration est de nul effet. Ce dont il s'agit, c'est de la notification elle-même (et non du retrait) qui doit être faite par écrit et qui donne effet aux relations conventionnelles entre les parties contractantes. Lorsqu'un État assume une obligation, il est lié par le principe de la bonne foi à son engagement, mais l'effet juridique au sens strict ne se manifeste que lorsque les autres parties contractantes en reçoivent notification dans les formes, c'est-à-dire par écrit. Mme Xue dit que tel était le sens de son intervention, mais elle répète qu'elle n'a pas d'objection de principe au libellé de ce projet de directive. Simplement, elle considère que si l'on devait le retenir en l'état, il n'ajouterait pas grand-chose au texte en tant que recommandation.

38. M. DAOUDI propose à titre d'exemple de partir de l'hypothèse qu'il existe un traité d'établissement entre plusieurs États, qu'un de ces États a fait des réserves au sujet de l'application de certaines dispositions de ce traité et que, par la suite, dans la pratique, cet État a adopté une législation qui correspond au contenu des dispositions sur lesquelles il avait fait une réserve, sans toutefois retirer cette réserve. Dans les faits, les autres États ont également appliqué cette disposition à son égard. Il s'agit bien là d'une modification substantielle apportée à l'application du traité et c'est un cas vraiment type de retrait implicite d'une réserve. M. Daoudi comprend bien que l'exigence de l'écrit dans la Convention de Vienne de 1969 et dans le projet de directive 2.5.2 est une chose tout à fait normale puisqu'elle assure la sécurité juridique. Mais ce que l'on a tenté de faire, c'est de soulever une hypothèse qui peut vraiment se présenter en pratique et qu'il faudrait peut-être envisager de couvrir par une disposition. Le Rapporteur spécial a dit qu'on se trouvait ici à la limite entre le droit

[4] *Collection des textes régissant la compétence de la Cour, C.P.J.I. série D, no 6*, 4e éd., Leyde, Sijthoff, 1932, p. 47 et 54.

des traités et d'autres institutions du droit international, mais c'est précisément dans cet esprit que l'on a essayé de soulever cet aspect des choses.

39. M. MANSFIELD a encore beaucoup de difficulté à comprendre ce que veut dire Mme Xue. Il se rallie sans réserve à l'intention générale, qui est d'essayer de renforcer le régime des traités internationaux, et il croit comprendre que Mme Xue pense que le projet de directive devrait indiquer que, lorsqu'un État a publiquement déclaré qu'il va retirer une réserve, cela a quelque effet sur le plan interne mais cela n'emporte aucun effet juridique à l'égard des États parties à l'instrument considéré. La difficulté qu'il discerne dans cette conception est que, dans les démocraties parlementaires, il est parfaitement possible qu'un gouvernement au pouvoir prenne la décision de retirer une réserve à un traité particulier puis soit remplacé avant qu'il ait pu le faire par un nouveau gouvernement ayant des vues différentes sur la question et estimant que le précédent gouvernement avait eu tort de retirer ou d'annoncer qu'il allait retirer la réserve en question. On ne voit pas comment le nouveau gouvernement pourrait se considérer en aucune façon lié par la décision du gouvernement sortant, ni du point de vue du droit et de la politique internes, ni bien entendu du point de vue des relations interétatiques qui ne sont clairement pas affectées par cette décision tant que le retrait n'a pas été officiellement notifié par écrit. Cela étant, la question ne manque pas d'intérêt et peut-être Mme Xue pourrait-elle préciser ce qu'elle a en vue.

40. Le PRÉSIDENT estime que l'on devrait considérer le laps de temps qui s'écoule pendant lequel un acte est considéré « à lui seul » comme insuffisant. La situation est différente de celle où, après un intervalle relativement court qui ne saurait être considéré comme justifiant l'estoppel, l'État change d'avis avant d'accomplir l'acte définitif.

41. M. PELLET (Rapporteur spécial) comprend mal comment ce que Mme Xue semble avoir à l'esprit peut s'insérer dans un projet de directive. Pour sa part, il pense qu'elle commet une confusion quand elle affirme qu'il s'agit seulement de la notification par écrit. Le schéma du retrait des réserves suit exactement celui de la formulation des réserves. Une réserve doit être formulée par écrit, par conséquent le retrait d'une réserve doit l'être également. Ce n'est qu'ensuite que l'on aborde les problèmes de notification, dans les projets de directives 2.5.6, 2.5.6 *bis* et 2.5.6 *ter* qui concernent la communication par écrit des réserves, mais ce sont là deux hypothèses différentes.

42. Mme XUE précise qu'elle ne parle pas du retrait implicite des réserves. Il ne fait aucun doute que le retrait des réserves doit être exprimé sans aucune ambiguïté, par écrit. Elle partage les préoccupations soulevées par M. Mansfield. Mais ce qui se passe pour le retrait d'une réserve à l'occasion d'un changement de gouvernement vaut aussi pour la signature d'un traité. Un nouveau gouvernement peut renier la signature d'un traité, d'une convention, d'un protocole ou de tout autre instrument, ou encore annoncer qu'il ne le fera jamais ratifier. Le principe de l'article 18 de la Convention de Vienne de 1969 s'applique alors et c'est dans la logique de cet article que s'inscrit Mme Xue. Elle fait simplement observer que, tel qu'il est, le projet de directive 2.5.2 met l'accent sur la forme écrite du retrait. Or, c'est sur la forme écrite de la notification de retrait qu'il faut mettre l'accent.

43. M. TOMKA considère pour sa part que le retrait d'une réserve est un acte juridique et que la forme de l'acte juridique est l'écrit. Tant que l'acte n'a pas été effectué par écrit, aucun acte juridique n'a été effectué. Une simple déclaration orale peut très bien être interprétée comme l'intention d'effectuer un acte juridique, mais cette intention n'entraîne aucune conséquence en vertu de la Convention de Vienne de 1969. On peut éventuellement y voir une entorse au principe de la bonne foi, mais ce n'est pas ce dont traite la Convention. Pour produire un effet juridique, c'est-à-dire pour constituer un acte juridique, le retrait de la réserve doit être fait par écrit, et c'est ce qui ressort clairement de la Convention.

44. En ce qui concerne l'exemple donné par M. Daoudi d'un État qui a fait des réserves à un traité puis adopte ultérieurement une législation interne conforme à ce traité, exemple que selon lui on peut considérer comme un retrait implicite d'une réserve, M. Tomka pense qu'il existe une différence de fond entre la position juridique des États qui ratifient un traité sans réserve et celle de ceux qui le ratifient avec des réserves. L'État qui ratifie l'instrument avec des réserves peut toujours modifier sa législation dans l'avenir si les réserves n'ont pas été retirées, si bien qu'il a un bon motif de ne pas retirer ses réserves afin de conserver toute latitude au regard de son droit interne. Le fait pour cet État d'adopter une législation conforme au traité sur lequel il a émis des réserves qu'il n'a pas officiellement retirées n'enlève pas à cet État la possibilité d'amender encore dans l'avenir sa législation et ainsi de la rendre non entièrement conforme aux dispositions sur lesquelles il a précédemment fait des réserves. Il serait tout à fait excessif d'interpréter cela comme un retrait implicite d'une réserve.

45. M. KOSKENNIEMI est favorable au renvoi au Comité de rédaction des projets de directives 2.5.1 à 2.5.3 ainsi que 2.5.5 à 2.5.10, mais estime que les projets de directives 2.5.4 et 2.5.11, et tout particulièrement 2.5.11 *bis*, posent un problème de fond, ce qui explique sans doute en partie un certain manque de clarté dans la formulation. Les projets de directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis* touchent à la question des pouvoirs des organes de contrôle de la mise en œuvre d'un traité, et à celle de l'effet de l'exercice de ces pouvoirs du point de vue des obligations de l'État ou de l'organisation auteur de la réserve. Le paragraphe 1 du projet de directive 2.5.4 est inutile, car il est en tout état de cause inconcevable que la constatation d'un organe de contrôle puisse constituer le retrait de la réserve. Toutefois, il serait utile de prévoir une disposition précisant les relations qui existent entre la constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité et le retrait de la réserve par l'État ou l'organisation internationale en cause. Pour ce faire, il convient de poser pour hypothèse que la teneur des directives ne saurait avoir d'effet sur la nature des pouvoirs des organes de contrôle, et donc d'opérer une distinction selon le type de pouvoir dont ceux-ci disposent, qui sont de trois sortes : soit la constatation par l'organe de contrôle de l'illicéité de la réserve entraîne la nullité de celle-ci, et dans l'hypothèse la plus extrême, de façon automatique (étant entendu que la Commission ne prend pas position sur la question de savoir si dans la réalité un organe de contrôle

peut avoir un tel pouvoir, que nous ne sommes pas en mesure de trancher ici); soit la constatation par l'organe de contrôle de l'illicéité de la réserve entraîne pour l'État une obligation de prendre des mesures, par exemple de procéder à un retrait partiel ou total de la réserve; soit la constatation de l'illicéité par l'organe de contrôle équivaut à une recommandation adressée à l'État ou à l'organisation en cause tendant à ce qu'il prenne des mesures appropriées. Quant à la distinction entre retrait partiel ou total de la réserve, M. Koskenniemi l'estime inutile, et reprend à son compte le projet de structure proposé par le Rapporteur spécial au paragraphe 216 du rapport, c'est-à-dire fusionner les directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis* en une nouvelle directive qui serait reportée à la fin de la section 2.5 du Guide de la pratique. La nouvelle directive pourrait être libellée comme suit :

« La constatation, par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité, de l'illicéité d'une réserve peut, selon les pouvoirs dont dispose cet organe :

a) Rendre cette réserve nulle;

b) Créer pour l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve l'obligation de retirer totalement ou partiellement celle-ci;

c) Constituer une recommandation à l'intention de l'État ou de l'organisation internationale auteur de la réserve, l'invitant à retirer totalement ou partiellement celle-ci. »

46. Le paragraphe 2 du projet de directive actuel 2.5.4, où il est dit que l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve doit en tirer les conséquences, serait alors inutile. Il apparaît à la réflexion que les dispositions 2.5.4 et 2.5.11 *bis* concernent en fait, non le retrait lui même, qui n'est qu'un aspect secondaire de la question, mais bien les conséquences de la constatation, par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité, de l'illicéité de la réserve, étant entendu que les organes de contrôle en question peuvent être très divers, allant de la CIJ jusqu'à de simples groupes d'experts dans le cas de traités techniques entre un petit nombre d'États. Cette question est importante, mais elle touche à des problèmes qui seront abordés ultérieurement dans le débat, et il n'est pas opportun de la régler à ce stade.

47. M. FOMBA relève à propos des projets de directives 2.5.7 à 2.5.10 ce qui lui paraît être une contradiction dans les explications apportées au paragraphe 152 du rapport par le Rapporteur spécial, qui dit d'abord « les effets du retrait sont difficilement dissociables de ceux de la réserve elle-même » et, un peu plus loin, « les effets du retrait peuvent être envisagés de façon assez formelle, sans qu'il y ait lieu de s'interroger sur les effets (infiniment plus complexes) de la réserve elle-même ». D'autre part, il constate que, dans le rapport, le mot « effet » est employé tantôt au singulier et tantôt au pluriel, ce qui amène à se demander si le retrait pourrait avoir plusieurs types autonomes d'effets. En réalité, il s'agit de l'effet juridique du retrait, qui peut se traduire de plusieurs manières, comme il apparaît aux paragraphes 179 à 182 du rapport. En outre, M. Fomba fait observer que l'expression employée au paragraphe 152, à savoir que le retrait « met fin » à la réserve, demande à être nuancée, pour prendre en compte la différence entre retrait partiel et retrait total qui n'ont pas le même effet juridique. Les projets de directives 2.5.7 (Effet du retrait d'une réserve) et 2.5.8 (Effet du retrait d'une réserve en cas d'objection à la réserve accompagnée du refus d'entrée en vigueur du traité avec l'auteur de la réserve) ne présentent pas de difficulté particulière. Concernant le projet de directive 2.5.9 (Date d'effet du retrait d'une réserve), M. Fomba approuve le choix de reprendre le paragraphe 3 *a* de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, et il est favorable à l'insertion dans le projet des clauses types A, B et C qui reflètent les préoccupations exprimées lors des travaux de la Commission en 1965. Il approuve également l'idée de retenir la date de réception de la notification du retrait par le dépositaire de préférence à celle de la réception par les autres parties (par. 165 du rapport). S'agissant du projet de directive 2.5.10 (Cas dans lesquels l'État réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve), il partage les points de vue exprimés aux paragraphes 167 et 168 du rapport; ce texte consacre la possibilité (en cas d'absence de clause type C) pour l'État auteur de la réserve de fixer librement la date d'effet du retrait de la réserve. Cela dit, la limite de cette volonté exprimée unilatéralement par l'État auteur de la réserve doit être clairement définie et ne saurait prévaloir sur les dispositions de Vienne si les autres parties s'y opposent. D'autre part, M. Fomba a du mal à voir un contenu concret à l'alinéa *b* du projet de directive 2.5.10. Dans l'ensemble, cependant, il est favorable au renvoi des projets de directive proposés au Comité de rédaction.

48. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, revenant sur le projet de directive 2.5.4, estime, comme M. Koskenniemi, que le retrait n'est qu'un aspect des conséquences de la constatation de l'illicéité d'une réserve, et qu'il aurait été intéressant d'étudier d'autres aspects de cette question en envisageant les différents comportements possibles lorsqu'il a été constaté qu'une réserve était illicite. Il se dit favorable à la proposition de M. Koskenniemi de reformuler ce projet de directive en établissant des distinctions en fonction de la nature et des pouvoirs de l'organe de contrôle. D'autre part, il se demande si la distinction opérée à l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 entre réserves interdites par le traité, réserves qui ne figurent pas parmi les seules réserves autorisées par le traité et réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité a une incidence sur les conséquences de l'illicéité de la réserve.

49. M. KOSKENNIEMI, répondant à M. Pambou-Tchivounda sur les effets de la constatation de l'illicéité d'une réserve en général, estime qu'il est impossible à ce stade de répondre à cette question qui est très difficile et qui pourrait dans certains cas toucher au domaine de la responsabilité des États. Le sujet pourrait être traité ultérieurement par le Rapporteur spécial. Son intention, en proposant une nouvelle formulation du projet de directive, est d'établir un lien entre la constatation de l'illicéité d'une réserve et une éventuelle obligation pour l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve à la retirer. Sur la question des trois types de réserves illicites distingués par l'article 19 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, et les conséquences de cette classification, il lui semble a priori que les conséquences de l'illicéité ne seraient pas différentes suivant le type de réserve en

cause. Toutefois, cela ne serait peut-être pas vrai pour tous les types de conséquences envisageables.

50. M. CANDIOTI propose que soit renvoyé au Comité de rédaction l'ensemble des projets de directive proposés, à l'exception des deux projets consacrés aux organes de contrôle, dont l'étude pourrait être remise à plus tard, à l'occasion de l'examen de la question de l'illicéité des réserves. Il fait observer que le retrait est une conséquence possible de la constatation de l'illicéité par un organe de contrôle, mais qu'il peut être aussi la conséquence d'une simple objection d'un autre État.

La séance est levée à 12 h 40.

2738e SÉANCE

Mardi 30 juillet 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Les réserves aux traités[1] *(suite)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[2], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(suite)*

1. M. MOMTAZ dit qu'il fait siennes les remarques très pertinentes de Pierre-Henri Imbert dont le Rapporteur spécial s'est fait l'écho au paragraphe 193 de son septième rapport (A/CN.4/526 et Add.1 à 3), sur la nécessité d'encourager le retrait partiel des réserves, procédure qui permet aux États d'adapter progressivement leur participation au traité à l'évolution de leur législation nationale[3]. Il reste cependant la question de savoir si les États parties à un traité qui n'ont pas fait d'objections à la réserve initiale pourraient en faire à un retrait partiel. Il semble que le Rapporteur spécial n'ait pas répondu à cette question et se soit contenté de traiter du cas des États qui avaient fait des objections à la réserve initiale. La référence faite au paragraphe 201 du rapport à « certaines autres parties » prête à confusion : vise-t-elle les États qui n'ont pas fait d'objections à la réserve initiale ? En tout état de cause, M. Momtaz estime que, pour favoriser l'intégrité du traité et encourager les retraits partiels, tout en attendant le retrait complet d'une réserve, les États devraient tolérer ces retraits partiels et renoncer à exercer leur droit d'y faire objection.

2. Le projet de directive 2.5.11 (Retrait partiel d'une réserve) confirme le mérite de cette option. Telle est du moins la conclusion logique à tirer de la référence aux règles de forme et de procédure applicables à un retrait total faite au paragraphe 1. Il est inconcevable qu'un État partie fasse des objections au retrait total d'une réserve par un autre État partie.

3. Le paragraphe 2 du projet de directive définit ce que l'on entend par retrait partiel et semble considérer comme synonymes le retrait partiel d'une réserve et la modification d'une réserve. Cette assimilation peut prêter à malentendu. En effet, comme le Rapporteur spécial le fait observer au paragraphe 207 du rapport, le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies fait clairement la distinction entre le retrait partiel d'une réserve et la modification d'une réserve, gardant cette dernière expression pour les cas où le retrait aggrave la portée de la réserve. Tel n'est évidemment pas le cas envisagé dans le projet de directive 2.5.11.

4. Aussi serait-il peut-être conseillé d'éliminer toute référence au terme « modification » employé dans le paragraphe 2, par exemple en éliminant le membre de phrase « est la modification de cette réserve par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur, qui ». La définition n'en serait pas affectée et l'on éviterait ainsi tout risque de malentendu.

5. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.11 *bis* (Retrait partiel des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité), M. Momtaz préfère la solution préconisée par le Rapporteur spécial à condition d'éliminer toute référence à l'obligation de l'État auteur de la réserve illicite ou irrecevable. Il croit malgré tout comprendre que le projet de directive 2.5.4 sera remanié pour tenir compte du souci exprimé par plusieurs membres de la Commission.

6. En ce qui concerne le retrait des réserves, l'orateur s'interroge au sujet des retraits implicites, d'autant que le Rapporteur spécial souligne qu'un guide de la pratique « doit, dans toute la mesure possible, fournir aux utilisateurs des réponses à toutes les questions qu'ils peuvent légitimement se poser » (par. 215 du rapport). Les exemples cités aux paragraphes 92 et suivants du rapport des conditions dans lesquelles on peut parler de retrait implicite ne s'étendent pas au cas d'un État réservataire agissant comme si la réserve qu'il a formulée était devenue nulle et non avenue – par exemple lorsqu'un État agit conformément aux dispositions d'un traité alors qu'il a formulé des réserves audit traité. M. Momtaz peut envisager des

[1] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[2] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

[3] Voir P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1978, p. 293.

cas où, contrairement aux situations visées au paragraphe 101 du rapport, ce n'est pas la négligence des autorités compétentes ou le manque de consultations entre les services pertinents qui est à l'origine du retrait mais plutôt un acte délibéré de l'exécutif. Il peut arriver que, pour éviter l'opposition de la législature qui est à l'origine de la réserve, l'exécutif préfère, au plan international, respecter les dispositions du traité qui font l'objet de la réserve et ne rien faire pour la retirer de crainte de susciter un tollé dans le pays.

7. La question suivante se pose : les États qui ont fait objection à la réserve lorsqu'elle a été formulée peuvent-ils faire valoir la pratique ultérieure de l'État réservataire pour déclarer que ladite réserve est tombée en désuétude et que, par conséquent, elle n'a plus aucune validité dans leurs relations conventionnelles avec l'État réservataire ? M. Momtaz pense que la question mérite d'être traitée dans le Guide de la pratique.

8. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il a du mal à suivre les arguments avancés par M. Momtaz pour proposer de remanier le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.11 en éliminant la référence à la modification. Il reconnaît que ce projet ne définit pas la notion de modification, mais comment le retrait partiel d'une réserve pourrait-il être autre chose qu'une modification de la réserve ? Le retrait représente une procédure consistant à éliminer certains éléments exposés dans le cadre de la réserve et, en conséquence, un retrait partiel a pour objet de modifier la réserve. C'est pourquoi il ne peut soutenir la suggestion de M. Momtaz à moins qu'il ait mal interprété le sens à donner à modification.

9. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que l'une des principales justifications du paragraphe 2 du projet de directive 2.5.11 est de déclarer que le retrait partiel consiste dans la modification d'une réserve existante et non dans le retrait d'une réserve suivi de la formulation d'une nouvelle réserve. Cependant, comme il l'a expliqué dans les paragraphes précédents du rapport, la pratique est extrêmement variable et même le Secrétaire général a dit ne pouvoir accepter un retrait partiel sous prétexte qu'il s'agissait d'un retrait total suivi de la formulation d'une nouvelle réserve. D'où l'utilité du terme « modification », qui montre qu'il s'agit non pas de formuler une nouvelle réserve, mais plutôt d'en modifier une existante. M. Momtaz fonde ses arguments sur la position prise par le Secrétaire général, or c'est précisément cette prise de position que, pour sa part, le Rapporteur spécial conteste parce qu'elle aboutit à des incohérences.

10. Le Rapporteur spécial n'est pas sûr d'avoir bien saisi la première observation faite par M. Momtaz qui s'est interrogé, dans le cas d'un retrait partiel, sur les relations entre un État qui n'a pas fait d'objections et l'État réservataire. L'État qui n'a pas fait d'objections est réputé avoir accepté la réserve et la question relève alors du projet de directive 2.5.12 (Effet du retrait partiel d'une réserve). Suite à un retrait partiel, la réserve est amoindrie. Par conséquent, en principe, cet État n'y fera pas d'objections. Si M. Momtaz veut que cela soit exposé explicitement dans le commentaire, le Rapporteur spécial le fera, mais il lui semble curieux de noter que l'acceptation d'une réserve demeure inchangée.

11. M. MOMTAZ dit qu'il a demandé que soit précisé le fait qu'un État qui n'a pas fait d'objections à une réserve ne peut pas en faire dans le cas d'un retrait partiel, parce que les choses ne sont pas très claires.

12. En ce qui concerne sa deuxième question, relevée à la fois par le Rapporteur spécial et M. Pambou-Tchivounda, comme le Rapporteur spécial a évoqué le manque de logique dans la pratique du Secrétaire général en sa qualité de dépositaire, il pense qu'il serait utile de supprimer la référence à « modification » dans le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.11, ainsi que le membre de phrase auquel il a fait allusion plus tôt.

13. Mme XUE demande si, dans le projet de directive 2.5.11, le Rapporteur spécial a envisagé deux scénarios possibles pour les retraits partiels. Selon le premier, lorsqu'un État A devient partie à une convention, il peut formuler des réserves à deux ou plusieurs articles avant de retirer sa réserve à l'un d'eux : on est alors face à un retrait partiel pur et simple. Selon le second, lorsqu'un État A devient partie à une convention, il peut formuler une réserve à une disposition spécifique en déclarant que cette disposition sera appliquée conformément à sa législation interne. Ultérieurement, cet État pourra modifier sa réserve parce qu'un amendement à sa législation interne renforce ses obligations au titre de la convention.

14. Dans la première hypothèse, il est clair que les objections des autres parties disparaîtront car la raison des objections a disparu. Tel n'est pas le cas par contre dans la seconde hypothèse, parce que les autres États parties peuvent estimer que, même avec la nouvelle législation, la réserve nuit à la bonne application de la convention. Les projets de directive ne semblent pas prendre ces deux scénarios en considération.

15. M. GAJA, se référant à la première observation de M. Momtaz, dit qu'en général un État qui n'a pas fait d'objections à une réserve n'en aura pas non plus à une réserve qui a été modifiée par un retrait partiel. Néanmoins, il ne faudrait pas dire qu'un État ne peut pas faire d'objections à un retrait partiel s'il n'a pas fait d'objections à la réserve : tout dépend des conséquences du retrait. Ainsi, dans le cas hypothétique d'un traité protégeant les droits des étrangers, si, selon une disposition du traité, les étrangers ont le droit de posséder des biens immobiliers et qu'un État fait une réserve sur ce point, les autres États pourraient ne pas soulever d'objections. Cependant, au cas où l'État réservataire ferait un retrait partiel, disant qu'il retirera sa réserve mais non pour les ressortissants d'un pays X, l'État affecté par le retrait partiel discriminatoire devrait avoir la possibilité de faire des objections. C'est pourquoi la possibilité de faire des objections en cas de retrait partiel ne devrait pas être exclue purement et simplement.

16. M. Sreenivasa RAO dit qu'il partage le point de vue de M. Gaja. Le retrait partiel d'une réserve est pratiquement assimilable à une nouvelle réserve. Il ne s'agit pas simplement de supprimer une partie d'une réserve qui a été acceptée par certains et à laquelle d'autres ont fait objection; en éliminant un élément ou en en ajoutant un autre, un État formule une réserve tout à fait nouvelle. C'est pourquoi, du moins techniquement, on peut faire

valoir qu'il faudrait traiter une modification comme une nouvelle réserve.

17. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il a traité en long et en large de cette question dans son rapport et demeure convaincu qu'une modification à une réserve n'est pas une nouvelle réserve. Cependant, cela ne veut pas dire qu'il rejette complètement le point de vue de M. Gaja et l'exemple qu'il a donné. En fait, il se demande si l'on pourrait penser à d'autres exemples de retraits « discriminatoires ». Encore qu'il ne croie pas qu'il soit nécessaire de leur consacrer une disposition, il serait prêt à l'envisager si on lui fait une proposition en ce sens. S'il s'agit uniquement d'une question de retraits discriminatoires, les choses sont claires. Mais il faudrait voir s'il peut se produire d'autres situations similaires où un État qui est victime d'un retrait partiel discriminatoire peut vouloir réagir.

18. Mme Xue a évoqué deux situations. Dans la première, le retrait partiel peut renvoyer à une ou plusieurs réserves. Dans ce cas, le projet de directive 2.5.12 est très clair et sera encore plus clair avec l'adjonction, à la fin, du membre de phrase proposé par M. Galicki : « dans la mesure où l'objection ne porte pas exclusivement sur la partie de la réserve qui était retirée ». Dans le deuxième cas, où l'État aggrave sa réserve si sa législation interne devient plus restrictive au regard de l'application de la convention, il formule une nouvelle réserve à cet effet. Cette situation n'est pas envisagée dans le chapitre du rapport qui, comme le Rapporteur spécial l'a déjà fait observer, est incomplet parce qu'il ne traite que des retraits partiels qui atténuent et non aggravent une réserve. L'aggravation d'une réserve ne relève pas des projets de directives 2.5.11 et 2.5.12. Par conséquent, il y a un autre argument en faveur du maintien du mot « modification » dans le cas du retrait partiel, qui est une modification tendant à réduire la portée d'une réserve existante. Le renforcement d'une réserve existante est une modification qui élargit la réserve et vaut formulation d'une nouvelle réserve, ce qui débouche sur la question de la formulation tardive des réserves. Le paragraphe 185 du rapport le précise. Les membres de la Commission peuvent reprocher au Rapporteur spécial de ne pas avoir fourni la dernière partie de son rapport consacrée à la question, ce qui risque de causer des malentendus.

19. Pour le PRÉSIDENT, la déclaration de M. Gaja appelle aussi l'attention sur le cas des réserves modifiées qui touchent certains États négativement et d'autres positivement, ce qui soulève une autre série de problèmes.

20. M. FOMBA dit que bien que, aux paragraphes 185 à 210 de son rapport, le Rapporteur spécial fasse observer que la doctrine et la pratique révèlent certains éléments d'incertitude concernant la question de la modification des réserves, il en conclut malgré tout que « la modification d'une réserve qui a pour effet d'en atténuer la portée doit être soumise au même régime juridique qu'un retrait total » (par. 209) et qu'un seul projet de directive paraît pouvoir rendre compte de l'alignement des règles applicables. Comme la différence entre retrait partiel et retrait total est une différence non pas de nature mais de degré, il fait sienne cette conclusion.

21. À la lumière des principes méthodologiques établis par la Commission, il est rassurant de noter que la définition d'un retrait partiel contenue dans le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.11 est calquée d'aussi près que possible sur la définition même des réserves donnée dans les Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Néanmoins, M. Fomba a deux préoccupations à ce sujet. Quant au fond, il remarque que la définition actuelle comporte trois éléments, à savoir la modification, la limitation de l'effet juridique et l'application plus complète des dispositions du traité. Comme la modification n'élimine pas la réserve et que l'effet juridique de la réserve est simplement limité, comment peut-elle contribuer à assurer plus complètement l'application du régime juridique du traité ou du traité dans son ensemble ? Il lui semble, pour quelqu'un qui n'est pas versé dans la pratique en matière de droit des traités, qu'il y a là une contradiction entre le texte du paragraphe 2 du projet de directive et la teneur du paragraphe 217 du rapport. Pour ce qui est de la forme, les deux formules « à assurer plus complètement l'application des dispositions du traité » et « du traité dans son ensemble » semblent exprimer la même idée. Dans ces conditions, ne faudrait-il pas en supprimer une ?

22. Se référant à la possibilité de transposer les projets de directives 2.5.4 (Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité), 2.5.7 (Effet du retrait d'une réserve) et 2.5.8 (Effet du retrait d'une réserve en cas d'objection à la réserve accompagnée du refus d'entrée en vigueur du traité avec l'auteur de la réserve) au cas des retraits partiels, le Rapporteur spécial déclare que le cas le plus délicat est probablement celui dans lequel un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité a constaté que la réserve initiale n'était pas valide. À cet égard, sans éluder la question des pouvoirs de cet organe, M. Fomba souscrit au raisonnement du Rapporteur spécial exposé aux paragraphes 213 et 214 de son rapport.

23. Pour ce qui est de savoir s'il convient de préciser dans le Guide de la pratique, et dans l'affirmative sous quelle forme, que le retrait partiel constitue l'un des moyens par lesquels l'État ou l'organisation internationale peut s'acquitter de ses obligations en cas de constatation de l'illicéité d'une réserve dont il est l'auteur, M. Fomba partage les doutes du Rapporteur spécial quant à la sagesse de se contenter de l'indiquer dans le commentaire se rapportant aux projets de directives 2.5.4 et/ou 2.5.11. Le Rapporteur spécial ne précise pas sa position en ce qui concerne la deuxième possibilité, à savoir l'adoption du projet de directive 2.5.11 *bis*. Personnellement, l'orateur, laissant de côté la question de l'illicéité et de la compétence à statuer à ce sujet, n'a aucune objection à l'inclusion d'un tel projet de directive, pour autant qu'il ne soit pas porté atteinte à la liberté d'action de l'État. Se référant à la troisième solution, à savoir mentionner la possibilité d'un retrait partiel dans le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4 – celle préconisée par le Rapporteur spécial, consistant à insérer une nouvelle directive 2.5.X (Retrait des réserves tenues pour illicites par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité) à la fin de la section 2.5 du Guide de la pratique –, M. Fomba aimerait recevoir des précisions sur la nécessité d'individualiser le projet de directive 2.5.11. À cette condition près, il peut appuyer la proposition de fusionner les projets de directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis*. Puisque le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4, qui fait seulement allusion au retrait de la réserve

(conformément à la terminologie des Conventions de Vienne), laisse la distinction entre réserves totales et partielles ouverte à l'interprétation, on éliminerait une zone d'ombre en adoptant le projet de directive 2.5.X. Dans ce cas, toutefois, le projet de directive 2.5.11 devrait être conservé.

24. M. Fomba approuve la conclusion du Rapporteur spécial exprimée aux paragraphes 218 et 219 du rapport quant au sort des objections en cas de retrait partiel. Ce raisonnement semble être étayé par la logique et la pratique, tout comme le projet de directive 2.5.12 qui a aussi le mérite de reprendre la terminologie de l'article 21 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Sous réserve des précisions supplémentaires qui pourraient être données, il propose de renvoyer les projets de directives 2.5.11 et 2.5.12 au Comité de rédaction.

25. M. DAOUDI dit que la « version longue » du projet de directive 2.5.6 (Communication du retrait des réserves) est préférable car elle facilite l'usage du Guide de la pratique, mais que la Commission devrait y revenir une fois le Guide mis au point dans son ensemble. Dans le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.6 *bis* (Procédure de communication du retrait des réserves), il faudrait mentionner que la date du courrier électronique ou de la télécopie est celle du retrait de la réserve et non celle de la confirmation et ce, pour harmoniser cette disposition avec la proposition du Comité de rédaction à ce sujet, approuvée par la Commission à sa 2734e séance.

26. Pour ce qui est de la date d'effet du retrait d'une réserve, M. Daoudi approuve la position prise par le Rapporteur spécial au sujet du principe posé à l'alinéa *a* du paragraphe 3 de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Cette disposition est reprise intégralement dans le projet de directive 2.5.9 (Date d'effet du retrait d'une réserve). Il appuie aussi les trois clauses types proposées dans le souci de tenir compte de la pratique des États en matière de date d'effet et d'alléger la rigueur de son application dans certaines situations. Ces clauses et d'autres clauses types devraient être jointes en annexe au Guide de la pratique.

27. Cependant, au paragraphe 173 de son rapport, le Rapporteur spécial considère que le principe du paragraphe 3 *a* de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 s'écarte du droit commun selon lequel, d'après le Rapporteur spécial, un acte relatif à un traité produit ses effets à compter de la date de sa notification au dépositaire. Il invoque à cet égard la disposition de l'article 78 *b* de la Convention de Vienne de 1969 et l'arrêt rendu par la CIJ dans l'affaire du *Droit de passage sur territoire indien* à propos des effets de la déclaration d'acceptation de sa juridiction obligatoire en vertu de l'Article 36 du Statut de la Cour. M. Daoudi tient à faire observer à cet égard que le droit commun établi à l'article 78 de la Convention de Vienne de 1969 et à l'article 79 de la Convention de Vienne de 1986 prévoit qu'une notification ou une communication ne produit ses effets à l'égard de son destinataire que lorsque ce dernier la reçoit de l'État expéditeur ou en est informé par l'État dépositaire. La jurisprudence de la Cour le confirme. Les articles pertinents des Conventions de Vienne commencent par la formule : « Sauf dans les cas où le traité ou la présente Convention en dispose autrement […] » qui réserve aux États le droit d'écarter l'application du droit commun. Par conséquent, l'Article 36 du Statut de la Cour qui prévoit qu'une déclaration facultative produit ses effets à partir de sa réception par le Secrétaire général en tant que dépositaire constitue une exception à l'application du droit commun.

28. Quant au projet de directive 2.5.7, il serait peut-être indiqué qu'il commence par les mots « À moins que d'autres réserves ne subsistent », pour répondre à l'idée que le Rapporteur spécial expose au paragraphe 183 de son rapport.

29. M. MANSFIELD demande au Rapporteur spécial des précisions sur ses intentions au sujet des projets de directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis*. Il demeure d'avis que le projet de directive 2.5.4 est trop concis et, partant, qu'il n'est pas mûr pour être renvoyé au Comité de rédaction. À la séance précédente, M. Koskenniemi a fait observer qu'une très large gamme d'organes voudraient peut-être faire des observations sur les réserves et que, si certains d'entre eux avaient d'autorité le pouvoir de déclarer une réserve nulle et non avenue, d'autres créaient une obligation pour l'État réservataire et que d'autres encore formulaient des constatations qui n'avaient pas plus de force qu'une recommandation. À son avis, cette analyse est correcte. Mais pour d'autres membres de la Commission, les implications du projet de directive 2.5.4 vont au-delà de ces cas : M. Yamada par exemple a évoqué les mesures prises dernièrement par la Commission baleinière internationale concernant la réserve formulée par l'Islande (2737e séance, par. 5). Si cette Commission n'est de toute évidence pas un organe de contrôle au sens du projet de directive 2.5.4, la question en jeu en l'espèce, qui est de savoir si la réserve en question et les mesures prises par une majorité de membres relèvent du paragraphe 3 de l'article 20 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, illustre la complexité du problème, le confortant dans l'idée que le texte tel qu'il se présente est trop général pour être utile. M. Koskenniemi a aussi fait une observation intéressante : ces questions relèveraient peut-être davantage de la rubrique générale de l'illicéité, plutôt que de la section consacrée au retrait. Le Rapporteur spécial a-t-il l'intention de donner à la Commission une version remaniée du projet de directive 2.5.4 dans le contexte de l'illicéité ou cette tâche revient-elle, à son avis, au Comité de rédaction ?

30. M. BROWNLIE dit qu'il n'est pas convaincu que l'on puisse traiter du problème simplement en en faisant une question de recevabilité, même s'il y a manifestement chevauchement avec cette dernière question. Le rôle des organes de suivi doit être traité à part. Il avait fait une suggestion qui n'a suscité aucune observation, favorable ou non, tendant à ce que le Rapporteur spécial envisage la possibilité de ce que l'on pourrait qualifier, dans un contexte plus formel, de clause restrictive. La présence d'une clause restrictive en tant que telle serait une anomalie dans le contexte des directives, mais la Commission pourrait envisager quelque chose d'équivalent, *mutadis mutandis*.

31. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que, suite à un malentendu, il a rédigé des conclusions préliminaires uniquement pour les deux premiers groupes de directives qu'il a présentés, à savoir les projets de directives 2.5.1 à 2.5.6 *ter*, à l'exception du projet de directive 2.5.4 sur

lequel il ne reviendra qu'à la fin du débat, probablement à la prochaine séance.

32. Comme il a eu l'occasion de le remarquer la semaine précédente, le sujet de la formulation de réserves au sens large est sinon ingrat, du moins austère et technique. Néanmoins, la Commission rend un plus grand service à la communauté internationale en tentant de codifier des règles techniques de ce type, qui répondent à un réel besoin, qu'en se chamaillant sur de grandes théories doctrinales. En tout état de cause – à l'exception des projets de directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis*, sur lesquels il reviendra à la prochaine séance – , aucun des 17 projets de directive qu'il a proposés ne risque guère de conduire la Commission à ce genre de dérive.

33. Le débat s'est donc concentré principalement sur des points très concrets qui n'ont pas paru soulever de grands problèmes de principe. Le sentiment très nettement dominant semble avoir été que l'ensemble des projets de directive – là encore, à l'exclusion des projets de directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis*, sur lesquels il se prononcera fermement à la prochaine séance – peut être renvoyé au Comité de rédaction qui l'examinera à la prochaine session.

34. Avant de faire le point projet de directive par projet de directive, le Rapporteur spécial tentera de répondre à quelques inquiétudes de nature générale. Il rappelle tout d'abord que le Guide de la pratique n'a pas vocation à constituer un recueil de règles obligatoires, qu'il s'agit d'un code des pratiques recommandées qui n'imposent pas d'obligations aux États – ce dont un remaniement du titre pourrait peut-être rendre compte. Mais ce n'est pas une raison pour ne pas rédiger ces directives aussi soigneusement et rigoureusement que possible puisqu'elles ont vocation à guider la pratique des États. À ce propos, il partage tout à fait les dernières observations de M. Brownlie. Par ailleurs, il est clair que les règles contenues dans certaines des directives sont obligatoires – non pas parce qu'elles figurent dans le Guide, mais parce que ce sont des règles coutumières ou parce que, reprises des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, elles lient à ce titre les États parties. Ceci illustre la différence entre la valeur juridique d'une norme et celle d'une source.

35. M. Pambou-Tchivounda s'est demandé s'il était bien utile de reprendre intégralement les dispositions des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 dans le Guide de la pratique. La réponse du Rapporteur spécial est catégoriquement affirmative. Telle est la pratique suivie pour un grand nombre de directives, dont le projet de directive 1.1 sur la définition des réserves, pour de bonnes raisons auxquelles MM. Momtaz et Comissário Afonso ont fait allusion. La fonction utilitaire du Guide de la pratique serait fortement compromise si les utilisateurs n'y trouvaient pas les réponses à toutes les questions qu'ils se posent en matière de réserves. Bien qu'incomplètes et parfois ambiguës, les Conventions de Vienne sont le point de départ incontournable de toute pratique en la matière et établir un guide de la pratique qui n'y fasse pas référence semblerait pour le moins étrange. Le simple renvoi aux Conventions de Vienne obligerait les utilisateurs à passer constamment de l'une à l'autre et poserait aussi des problèmes techniques aux États et aux organisations internationales qui n'y sont pas parties. En conséquence, il est plus simple, plus logique, plus commode, plus pratique et plus utile aussi d'en transposer intégralement les dispositions pertinentes.

36. Certains orateurs sont revenus sur des décisions déjà prises par la Commission. Ainsi, Mme Escarameia, Mme Xue et M. Kateka ont exprimé des doutes sur le bien-fondé de la solution proposée dans le projet de directive 2.5.6 *bis* concernant la communication d'une réserve par courrier électronique et ses effets. Si le Rapporteur spécial aime bien l'*Odyssée*, il ne se sent aucune vocation pour tenir le rôle de Pénélope : comme M. Daoudi l'a rappelé plus tôt, la Commission a pris une position sur ce point en ce qui concerne la formulation des réserves dans le projet de directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) – position qui vaut ce qu'elle vaut – et il serait particulièrement incohérent de ne pas la reprendre dans le projet de directive 2.5.6 *bis*. Il lance un appel aux membres de la Commission pour qu'ils ne remettent pas en question les solutions déjà adoptées – à moins naturellement qu'une erreur importante n'apparaisse. Jamais la Commission n'achèvera ses travaux si elle remet continuellement sur le métier les parties de la tapisserie déjà tissée.

37. Le Rapporteur spécial en vient aux différents projets de directive. Le projet de directive 2.5.1 (Retrait des réserves) semble ne pas vraiment poser de problème autre que celui soulevé par M. Pambou-Tchivounda. La seule suggestion qu'il a notée vient de M. Galicki qui a proposé de supprimer les mots « À moins que le traité n'en dispose autrement ». Il approuve cette suggestion quant au fond, il l'a noté au paragraphe 86 de son rapport et l'a redit lors de sa présentation orale. Mais cette expression figure au paragraphe 4 de l'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, que le projet de directive 2.5.1 reprend intégralement. Il lui semble inutile, voire dangereux, de le réécrire. Il faut continuer de se fier aux dispositions de Vienne à moins qu'il n'y ait une raison impérieuse de s'en écarter.

38. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.2 (Forme du retrait), M. Galicki a fait observer qu'il fallait autant que possible faciliter le retrait des réserves – le Rapporteur spécial est d'accord avec lui sur le principe. Mais comment y parvenir ? De même que, pour reprendre les paroles d'Alfred de Musset, « il faut qu'une porte soit ouverte ou fermée », de même, une réserve ou son retrait doit se faire par écrit ou non. Les projets de directives 2.1.1 (Forme écrite) et 2.5.2 imposent une forme écrite; il n'y a pas de solution intermédiaire et la sécurité des relations juridiques, ainsi que, dans une moindre mesure, le principe du parallélisme de forme, exige la forme écrite, d'autant que le retrait est le moyen pour un État de compléter l'expression de son consentement à être lié par le traité, laquelle ne se conçoit que formelle.

39. Mme Xue a suggéré d'inclure dans le projet de directive 2.5.2 ou, ce que le Rapporteur spécial trouve assez singulier, le projet de directive 2.5.10 (Cas dans lesquels l'État réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve) les mots « Lorsqu'un État a soumis une notification écrite du retrait de sa réserve, il devrait agir conformément à ce retrait avant même que les autres États parties aient reçu la notification ». Cette proposition lui paraît plus acceptable que sous sa forme antérieure. A priori, il n'y a pas d'inconvénient à ce que l'État qui retire la réserve soit lié par ce retrait dès qu'il

l'a notifié. Pourtant, à y bien réfléchir, cette proposition présente un inconvénient. Un traité est un accord qui suppose la rencontre, à un moment donné dans le temps, de deux ou plusieurs volontés sur un texte unique. Il ne paraît pas satisfaisant que l'État A soit, à la date du retrait de sa réserve, lié par l'intégralité du traité tandis que l'État B, lui, ne serait lié par ce texte, dans ses relations avec l'État A, que deux ou plusieurs jours plus tard. Les États ne peuvent être liés que collectivement et par un texte unique; or la proposition de Mme Xue ferait diverger les deux séries d'obligations. Même rédigée au conditionnel, comme elle l'est, cette proposition risque d'être source de complications inutiles, aussi le Rapporteur spécial ne peut-il l'approuver.

40. Une autre question, posée par M. Momtaz, au sujet du projet de directive 2.5.2 fait écho à celle posée précédemment par M. Pambou-Tchivounda : que se passe-t-il dans la pratique si un État applique une disposition qui a fait l'objet d'une réserve ? De l'avis du Rapporteur spécial, le problème transcende le domaine des réserves et empiète sur le nouveau domaine de recherche de la Commission, la fragmentation du droit international. Le problème est de déterminer quelles sont celles des obligations contradictoires qui primeront, à savoir celles assumées au titre du traité ou celles assumées dans la pratique par l'État, probablement par une forme ou une autre d'acte unilatéral. Il n'est pas convaincu que le problème doive être abordé dans le Guide de la pratique, encore qu'il soit peut-être nécessaire de développer ce qu'il a dit des réserves implicites. Si néanmoins la Commission pense vraiment qu'il faudrait prévoir un projet de directive du type de celui suggéré par M. Momtaz, le Rapporteur spécial n'y verra pas d'objections.

41. Enfin, M. Chee l'a accusé d'incohérence, car, après avoir proposé que le retrait d'une réserve soit toujours fait par écrit, il a engagé le débat sur les réserves implicites. Le Rapporteur spécial plaide « non coupable » : il a posé en effet la question de savoir si l'on pouvait songer à des réserves implicites, mais pour conclure clairement que cela était impensable.

42. En ce qui concerne le projet de directive 2.5.3 (Réexamen périodique de l'utilité des réserves), le Rapporteur spécial s'avoue très heureux de la réaction de la Commission à une proposition qu'il sait inhabituelle. Ses craintes de devoir faire face à un conservatisme frileux qui s'est souvent manifesté dans le passé n'étaient pas fondées. Le projet de directive semble avoir été approuvé à l'unanimité et parfois chaleureusement et le Comité de rédaction pourra examiner les propositions concrètes qu'il a suscitées. M. Pambou-Tchivounda s'est demandé pourquoi inclure une telle disposition dans la partie du Guide de la pratique consacrée à la procédure : en pure logique, il avait tout à fait raison, mais il semblait utile au Rapporteur spécial de regrouper dans la section 2.5 tout ce qui concernait le retrait des réserves. Mme Escarameia souhaitait que le projet mentionne expressément les appels lancés par les organes de contrôle de la mise en œuvre des traités mais, dans ce cas, pourquoi ne pas mentionner aussi ceux lancés par l'Assemblée générale et les organisations régionales ? Vu la frilosité de la majorité de la Commission dès que l'on parle d'organes de suivi, il doute que cette proposition soit bien accueillie.

43. M. Tomka, appuyé par M. Yamada, tout en approuvant le projet de directive 2.5.3, souhaitait que son aspect « recommandatoire » soit plus marqué encore et qu'il commence par les mots « Il est recommandé aux États ». Il appartiendra au Comité de rédaction de se prononcer à ce sujet, mais le Rapporteur spécial n'est pas convaincu de l'utilité de cette proposition. La formule est un peu gauche et fait double emploi puisque le Guide de la pratique est lui-même un ensemble de recommandations adressées aux États.

44. M. Tomka, là encore soutenu par MM. Momtaz et Mansfield, a suggéré de supprimer le dernier membre de phrase du paragraphe 2 à cause de l'allusion faite au droit interne et à ses évolutions. Or ce sont précisément ces évolutions qui rendent indispensable le réexamen périodique des réserves et le Rapporteur spécial pense qu'il serait utile d'y renvoyer, parce qu'il s'agit des situations primaires où, objectivement parlant, des réserves peuvent être considérées comme étant devenues obsolètes et non pas seulement politiquement dérangeantes. Mais, une fois de plus, il appartiendra au Comité de rédaction de trancher.

45. Comme le Rapporteur spécial l'a indiqué, il passera sur le projet de directive 2.5.4. Se référant aux projets de directives 2.5.5 (Compétence pour retirer une réserve au plan international) et 2.5.6 et à leurs variantes, il constate que certains orateurs ont manifesté de la sympathie pour les raisons qu'il a invoquées de faire deux poids deux mesures. La version longue du projet de directive 2.5.5 est effectivement la meilleure des deux car il est difficile de transposer purement et simplement les règles sur la formulation des réserves : on ne peut le faire que *mutatis mutandis*. Dans le cas du projet de directive 2.5.6 cependant, cette distinction ne s'applique pas. La quasi-totalité des membres de la Commission qui se sont exprimés sur ce point semblent préférer les versions longues, à l'exception de M. Galicki qui a plaidé pour les versions courtes et, en plus, pour un unique projet de directive pour la formulation et le retrait des réserves et sans doute des objections également. Comme l'a dit M. Kemicha, cela s'imposerait si la Commission rédigeait un projet de convention, mais ce n'est pas le cas. Dans le souci de faciliter la tâche des futurs lecteurs du Guide de la pratique, il faudrait traiter séparément les questions, fût-ce au prix de répétitions. Quoi qu'il en soit, il serait sage d'attendre que le projet soit examiné en deuxième lecture avant de se prononcer dans le sens préconisé par M. Galicki. Une fois au point l'ensemble du projet, on verra peut-être mieux comment aider le lecteur à trouver sa voie dans ce texte.

46. Sur le fond, les deux projets de directive ont fait l'objet de peu de critiques et de propositions précises. Le Rapporteur spécial appelle l'attention sur une omission dans la version française du chapeau du projet de directive 2.5.6 *bis* : il faudrait ajouter, après le mot « réserve », les mots « est transmise ».

47. Le Rapporteur spécial conclura son résumé des débats à la prochaine séance en se concentrant sur les projets de directives 2.5.7 à 2.5.12, 2.5.4 et 2.5.11 *bis*.

Coopération avec d'autres organismes *(suite*[*]*)*

[Point 11 de l'ordre du jour]

Déclaration de l'observateur de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique

48. Le PRÉSIDENT adresse la bienvenue à M. Wafik Kamil, Secrétaire général de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique (AALCO), qu'il invite à prendre la parole.

49. M. KAMIL (Observateur de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) félicite tous les membres de la Commission qui ont été élus depuis 2001 : leur contribution ne manquera pas de renforcer les travaux de la Commission. L'organisation qu'il représente attache beaucoup d'importance à ses liens établis de longue date avec la Commission. L'un de ses principaux objectifs est de se pencher sur des questions à l'examen à la Commission et de transmettre à cette dernière le point de vue de ses États membres. Au fil des ans, cette pratique a contribué à resserrer les liens entre les deux organismes et la coutume s'est instaurée pour chacun d'eux de se faire représenter à la session annuelle l'une de l'autre. L'observateur de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique remercie M. Yamada d'avoir représenté la Commission à la quarante et unième session de l'Organisation qui s'est tenue à Abuja du 15 au 20 juillet 2002, et MM. Momtaz et Simma d'avoir apporté une contribution précieuse à ses délibérations. L'Organisation apprécie la présence de représentants de la Commission à ses sessions annuelles.

50. À la quarante et unième session, ce sont pas moins d'une quinzaine de questions de fond qui ont été examinées, dont l'une a fait l'objet des travaux de la CDI à sa cinquante-troisième session. Sur le plan général, les délégués se sont félicités de l'achèvement et de l'adoption du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite[4]. La plupart d'entre eux ont reconnu que ces projets étaient équilibrés et reflétaient assez bien le droit international coutumier. Selon un délégué, ils penchaient davantage vers la codification qu'ils n'introduisaient d'éléments progressifs du droit international. La codification a effectivement l'avantage de rendre les projets d'article plus acceptables aux États, mais des éléments de développement progressif, comme la notion de violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international et l'invocation de la responsabilité par un État autre que l'État lésé, ont le potentiel de faire avancer le débat. Les délégués ont surtout pensé que les projets d'article étaient les meilleurs que l'on puisse obtenir après pratiquement 50 ans de dur labeur. Ils ont fait leur à l'unanimité la décision de l'Assemblée générale d'en prendre note et d'inscrire la question à l'ordre du jour de sa cinquante-neuvième session[5]. Dans l'intervalle, les États auront tout loisir de réfléchir aux dispositions et la pratique des États pourra se développer.

51. Certains délégués se sont dits préoccupés par le fait que la notion de violation grave d'obligations découlant de normes impératives du droit international général s'avérait prêter à controverse car les articles ne précisaient pas qui devait juger si un acte internationalement illicite constituait une violation grave. La décision de supprimer toute référence aux « crimes internationaux » a été bien accueillie et ne devrait pas affaiblir les articles. L'idée a été exprimée que les exemples de normes impératives donnés dans le commentaire étaient purement indicatifs : leur teneur précise et les conditions dans lesquelles des normes pouvaient être traitées comme des normes impératives étaient sujettes à débat. En conséquence, cette notion méritait d'être bien étudiée sur la base du développement futur de la pratique des États.

52. Pour ce qui est des conséquences d'une violation grave, l'obligation faite aux États de coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave et de ne pas reconnaître comme licite la situation qui en découle ni prêter aide ou assistance à son maintien a été bien accueillie. Il a été pris acte avec satisfaction de l'omission de toute référence à des « dommages et intérêts punitifs » et de la simplification de la structure des dispositions concernant les conséquences de violations graves.

53. Un délégué s'est félicité des limites dans lesquelles un État autre que l'État lésé pouvait invoquer la responsabilité. Mais d'autres ont reconnu qu'un État autre que l'État lésé pouvait exprimer sa préoccupation sous une forme appropriée ou exiger que l'État responsable mît un terme au fait illicite. Des doutes toutefois se sont fait jour quant à l'opportunité d'élever ces actes au niveau de la responsabilité légale de l'État.

54. De l'avis de nombreux délégués, l'incertitude qui entourait les notions d'obligation due à la communauté internationale dans son ensemble et d'obligation de protéger les intérêts collectifs pouvait être source d'abus. Plus précisément, la formule « bénéficiaires de l'obligation violée » figurant au paragraphe 2 *b* de l'article 48 conférait à des États tiers un droit très large et excessif et risquait fort de susciter des différends.

55. De façon générale, les délégués ont bien accueilli le régime de poids et contrepoids introduit dans le projet d'articles pour prévenir l'abus des contre-mesures. En même temps, ils ont mis en garde contre l'élargissement de la marge de manœuvre des États habilités à prendre des contre-mesures et contre l'introduction de la notion de « contre-mesures collectives ». Comme la détermination unilatérale de la légitimité des contre-mesures agissait en faveur des États puissants, certains délégués ont été déçus de constater que le projet d'articles laissait aux États auteurs des contre-mesures le soin d'apprécier si un acte était ou non licite. À ce propos, on a souligné la nécessité d'instaurer des liens entre contre-mesures et règlement obligatoire des différends.

56. Les contre-mesures devraient être réversibles et ne pas infliger de dommages graves ou irréparables à l'État responsable. C'est pourquoi un délégué a pensé que la liste des contre-mesures interdites aurait dû être exhaustive et comprendre deux autres obligations : premièrement, l'interdiction de toute mesure de contrainte économique ou politique affectant l'autodétermination, l'intégrité ter-

[*] Reprise des débats de la 2730e séance.

[4] Voir 2712e séance, note 13.

[5] Voir résolution 56/83 de l'Assemblée générale du 12 décembre 2001.

ritoriale ou l'indépendance politique et, deuxièmement, l'interdiction de contre-mesures qui interdisent l'accès aux marchés des États responsables dont les exportations représentent la principale source de revenu.

57. L'orateur tient à transmettre à la Commission les félicitations de l'Organisation qu'il représente pour l'achèvement des travaux sur la question et sa profonde gratitude pour la contribution de tous les rapporteurs spéciaux qui se sont succédé à l'élaboration des projets d'article.

58. Par ailleurs, l'AALCO tient à féliciter la Commission, le Rapporteur spécial et ses prédécesseurs pour l'aboutissement des travaux sur le projet d'articles relatif à la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[6]. De nombreux délégués ont estimé que le projet d'articles constituait un progrès important dans le domaine du droit international de l'environnement. Il pouvait fournir une bonne base pour une convention-cadre de coopération et de réglementation internationale et servir de guide pratique en vue de l'élaboration d'instruments juridiques internationaux consacrés à tel ou tel aspect de la protection de l'environnement. Les principes relatifs à la participation publique, à la non-discrimination et au règlement des différends sont de la nature du développement progressif du droit international. Comme la pratique des États en la matière varie d'une région à l'autre, il faudra peut-être du temps pour pouvoir mettre au point des normes universelles. Enfin, vu l'interrelation entre prévention et responsabilité, les délégués engagent la Commission à accélérer l'examen des aspects de la question qui touchent à la responsabilité (*liability*).

59. En ce qui concerne les réserves aux traités, les délégués étaient en général opposés à l'idée d'accepter les réserves tardives, dans l'intérêt de la stabilité et de l'intégrité des traités. Dans des cas exceptionnels, lorsque l'on autorisait les réserves tardives, le Guide de la pratique devrait réglementer la question et préciser les conditions de cette pratique ainsi que la procédure à suivre pour accepter ou rejeter la formulation tardive d'une réserve.

60. Les avis étaient partagés sur les déclarations interprétatives conditionnelles. Pour les uns, il s'agissait de réserves présentées sous une autre forme, si bien qu'il n'y avait pas lieu de les traiter séparément des réserves. Pour d'autres, ces déclarations, qui se distinguaient des déclarations interprétatives simples, limitaient ou modifiaient l'effet des articles d'un traité sur un État partie donné et faisaient par conséquent office de réserves aux traités. Il faudrait donc faire la distinction entre les déclarations interprétatives conditionnelles et simples sans prévoir de normes à part pour la première catégorie et les unes comme les autres devraient être soumises au même régime juridique que les réserves.

61. On pensait que le rôle du dépositaire ne devrait pas aller au-delà de ce qui était prévu dans la Convention de Vienne de 1969. Conformément aux alinéas *d* et *e* du paragraphe 1 de l'article 77 de cette convention, le dépositaire pouvait examiner le bien-fondé d'une réserve pour voir si elle était en conformité avec les règles pertinentes, mais un dépositaire n'était pas l'interprète du texte du traité et n'avait pas à juger non plus du respect d'un traité par un État. Aussi le dépositaire ne devrait-il pas être habilité à examiner la licéité de réserves et à refuser de communiquer ces réserves aux États intéressés.

62. En ce qui concerne le sujet de la protection diplomatique, l'idée du maintien de la règle de la continuité de la nationalité comme principe de base de la protection diplomatique a été bien accueillie, encore que des exceptions puissent être envisagées lorsque des individus avaient changé involontairement de nationalité et se retrouvaient privés de toute protection diplomatique. Pour ce qui était de la règle de l'épuisement des recours internes, un délégué a fait observer que le projet d'article 10 présenté par le Rapporteur spécial dans son deuxième rapport[7] ne précisait pas les critères permettant de déterminer si ces recours avaient été épuisés. De plus, ce serait imposer un fardeau trop lourd aux victimes de violations généralisées des droits de l'homme que d'exiger d'elles qu'elles aient épuisé toutes les voies de recours internes. Un autre délégué a dit qu'une réclamation internationale qui ferait valoir un préjudice causé directement à un État plutôt qu'à l'un de ses nationaux ne relevait pas de la protection diplomatique et que la règle de l'épuisement des recours internes n'était pas en cause. La règle énoncée dans le projet d'article 11[8] n'était donc pas nécessaire.

63. Plusieurs délégués ont relevé la nécessité de faire une distinction entre la protection diplomatique des sociétés et celle de leurs actionnaires. Il a été convenu que seul l'État dont une entreprise avait acquis la nationalité en se constituant en société ou en se faisant enregistrer sur son territoire avait le droit d'assurer la protection diplomatique de cette société. Il n'y avait pas lieu non plus qu'un État dont des nationaux étaient actionnaires exerce sa protection diplomatique par rapport à l'État dans lequel la société s'était constituée. En revanche, si un actionnaire privé était lésé par un fait illicite de l'État dans lequel la société s'était constituée, l'État de nationalité de l'actionnaire avait le droit d'assurer sa protection diplomatique, mais cela restait du domaine de la protection diplomatique des individus plutôt que de la société.

64. S'agissant des actes unilatéraux, les délégués ont estimé que, malgré son utilité théorique, le classement par le Rapporteur spécial des actes unilatéraux sur la base du critère des effets juridiques ne serait peut-être pas réalisable dans la pratique. On a suggéré de diviser le projet d'articles en trois parties : une section générale, une section consacrée aux règles relatives aux actes en vertu desquels l'État prenait un engagement et une section consacrée aux règles relatives aux actes en vertu desquels l'État réaffirmait son droit. La Commission devrait, pensait-on, axer, pour l'instant, son attention sur la formulation de règles générales applicables à tous les actes unilatéraux. Si l'on reconnaissait généralement l'importance qu'il y avait à interpréter les actes unilatéraux, les délégués estimaient néanmoins que le moment n'était pas venu d'examiner cette question. On pourrait débattre de l'interprétation après avoir délimité la portée et la définition des actes unilatéraux. Il a été cependant convenu que, s'agissant de l'élaboration de règles d'interprétation, les dispositions pertinentes de la Convention de Vienne de 1969 pourraient servir de base de référence. Lorsque l'on interprétait ces

[6] Voir 2724e séance, note 2.

[7] Voir 2712e séance, note 15.

[8] Ibid.

dispositions, il faudrait tenir compte des circonstances précises pour apprécier la véritable intention de l'État, de même que les caractéristiques particulières de l'acte unilatéral lui-même. À sa dernière session, l'AALCO a adopté une résolution engageant ses États membres à répondre aux questions posées par la Commission sur les sujets des réserves aux traités et de la protection diplomatique.

65. À sa session d'Abuja, l'AALCO s'est aussi penchée sur les autres points suivants : le terrorisme international, le statut et le traitement des réfugiés, l'expulsion des Palestiniens et d'autres pratiques israéliennes, dont l'immigration massive et la colonisation juive de tous les territoires occupés en violation du droit international, en particulier de la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre, du 12 août 1949, l'application extraterritoriale de la législation nationale s'agissant des sanctions imposées à des tiers, le suivi de la Conférence diplomatique de plénipotentiaires des Nations Unies sur la création d'une cour criminelle internationale, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, les activités législatives des institutions des Nations Unies et d'autres organisations internationales qui s'intéressent au droit commercial international, l'OMC dans son rôle d'accord-cadre et de code de conduite pour le commerce mondial et l'instauration d'une coopération contre la traite des femmes et des enfants. En coopération avec le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme, l'AALCO a aussi organisé une réunion spéciale d'une journée sur les droits de l'homme et la lutte contre le terrorisme.

66. Depuis son inscription à l'ordre du jour de sa trente-cinquième session, l'AALCO a poursuivi l'étude de la question de la protection juridique des travailleurs migrants. À sa quarantième session, une réunion spéciale d'une journée consacrée aux problèmes de migration s'est tenue en coopération avec l'OIM. À la fin de la réunion, une résolution a été adoptée pour charger le Secrétaire général de l'AALCO d'élaborer un accord régional type entre États d'origine et États de destination, en collaboration avec l'OIM. Le secrétariat de l'AALCO a préparé cet accord et l'a soumis à l'examen des États membres. Deux nouveaux points ont été inscrits à l'ordre du jour de la quarante et unième session : l'élaboration d'un instrument juridique international efficace contre la corruption d'une part et les droits de l'homme et l'islam d'autre part. Un rapport détaillé sur la quarante et unième session sera envoyé dès que possible à la Commission.

67. L'AALCO, en tant qu'organe intergouvernemental composé de 45 États membres d'Asie et d'Afrique, occupe une place unique au service des États de la région en les aidant à examiner les problèmes de droit international qui viennent au jour et à y apporter des réponses. L'expansion du champ de son programme de travail illustre sa volonté de relever ces défis. En sa qualité d'organisation intergouvernementale entretenant des liens de coopération avec la Commission, elle croit qu'il faudrait renforcer encore ces relations. C'est pourquoi, étant donné qu'il est souvent impossible d'examiner à fond des questions juridiques importantes dans un cadre formel, l'observateur de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique réitère la proposition qu'il a faite l'année précédente que les deux organes organisent conjointement un séminaire ou un atelier. Malgré les contraintes financières qui pèsent sur l'une et l'autre, les avantages d'un tel exercice compenseraient de loin les inconvénients. Le séminaire pourrait soit être axé sur l'un des sujets actuellement à l'examen à la Commission, soit débattre des sujets proposés au titre du programme à long terme de la Commission. Pour ce qui est de la coopération future dans d'autres domaines, le secrétariat de l'AALCO rédigera des notes et des commentaires sur les questions de fond examinées par la Commission en vue d'aider les représentants des États membres de l'Organisation à la Sixième Commission dans leurs délibérations sur le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-quatrième session. L'observateur de l'AALCO invite tous les membres de la Commission à participer en 2003 à la quarante-deuxième session de l'Organisation qui se tiendra probablement en République de Corée.

68. Le PRÉSIDENT dit que la déclaration de l'observateur de l'AALCO illustre bien la large gamme d'intérêts de cette organisation. Il note que, bien que celle-ci ne soit pas toujours parvenue aux mêmes conclusions que la Commission, elle se pose les mêmes questions; or, pour les juristes, les questions sont presque aussi importantes que les réponses.

69. M. MOMTAZ dit que la déclaration de l'observateur de l'AALCO se fonde sans aucun doute sur le rapport très complet de la session de l'AALCO établi par l'équipe de juristes qui travaille sous sa direction. Le rapport, dont il a eu connaissance, est détaillé et saisit bien – parfois d'un œil critique – les travaux des organisations internationales. Il est dommage qu'une telle richesse de matériaux ne soit pas mise à la disposition d'une plus large audience. C'est pourquoi il se demande si le Secrétaire général ne pourrait pas mettre ce rapport à la disposition des membres de la Commission, d'autant qu'il touche des sujets à l'examen tels que les actes unilatéraux des États, les réserves aux traités ou la protection diplomatique. Il a été par ailleurs impressionné de voir que le rapport de l'AALCO contenait un résumé extrêmement utile de la jurisprudence du Tribunal international du droit de la mer.

70. M. YAMADA rappelle qu'il a assisté à la dernière session de l'AALCO aux côtés de MM. Momtaz et Simma. Les travaux de codification de la Commission gagneraient certainement beaucoup à une coopération accrue avec l'AALCO. L'observateur de l'AALCO a passé sous silence un sujet débattu à la dernière session, à savoir les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens, sur laquelle plusieurs États membres de l'AALCO ont manifesté de l'intérêt à la Sixième Commission en se fondant sur le projet d'articles adopté par la Commission à sa quarante-troisième session, en 1991[9]. Pour ce qui est de la proposition de l'observateur d'organiser un séminaire conjoint, il pense que, dans un premier temps, on devrait prolonger la réunion ordinaire des conseillers juridiques des États membres de l'AALCO qui se tient au cours de l'Assemblée générale pour faire progresser le dialogue entre l'Organisation et la Commission. Les deux parties en profiteraient. M. Yamada aidera volontiers à la préparation d'une telle réunion.

71. Mme XUE dit que le succès de la quarante et unième session de l'AALCO, seul organe juridique interrégio-

[9] Pour le texte du projet d'articles adopté par la Commission, voir *Annuaire... 1991*, vol. II (2e partie), chap. II, par. 28, p. 13.

nal pour l'Asie et l'Afrique, montre bien l'importance de l'évolution de la situation dans ces régions et la participation plus active de cette organisation dans le développement du droit international. L'AALCO et la Commission ont beaucoup en commun et la coopération entre les deux organismes sera des plus utiles. Comme M. Momtaz, Mme Xue pense que le rapport de l'AALCO devrait être distribué aux membres de la Commission. Pour ce qui est de séminaires conjoints, si elle juge intéressante la suggestion de M. Yamada, elle se demande aussi si l'AALCO peut envisager d'inviter des membres de la Commission aux séminaires qu'elle tient déjà pour son propre compte. Un séminaire commun pourrait avoir des incidences financières complexes. Mais, quoi qu'il en soit, elle est prête à apporter son concours.

72. M. SIMMA fait observer que l'AALCO est la seule organisation intergouvernementale au monde à s'intéresser au développement du droit international; tous les autres organismes existant à cet effet sont des institutions subsidiaires d'organismes plus importants. La coopération entre l'AALCO et la Commission devrait donc se poursuivre. Il a constaté, à la quarante et unième session de l'AALCO, qu'un certain nombre d'États africains francophones avaient du mal à y participer et il se demande s'il serait possible que l'Organisation internationale de la Francophonie leur apporte son aide. Pour ce qui est de la suggestion de tenir des séminaires conjoints, M. Simma appuie les propositions de M. Yamada et de Mme Xue. De nombreux membres de la Commission assistent à la Sixième Commission et il n'est pas nécessaire que les réunions qu'ils pourraient tenir avec des représentants de l'AALCO soient par trop formelles. Enfin, il reprend à son compte la demande de faire distribuer le rapport de la dernière session de l'AALCO aux membres de la Commission, du moins dans la mesure où il touche des sujets traités par la Commission.

73. M. DUGARD se félicite de ce que l'AALCO ait fait des commentaires sur les possibilités futures qui s'offrent en ce qui concerne le sujet de la protection diplomatique, ce qui, à son avis de rapporteur spécial, est plus utile que les critiques de projets d'article déjà adoptés. Il est heureux d'avoir été conforté dans l'idée qu'il fallait retenir les grands principes de l'arrêt rendu dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

74. M. KAMIL (Observateur de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit qu'il fera volontiers droit à la requête de M. Momtaz et d'autres membres de la Commission que soit distribué le rapport de la dernière session de l'Organisation, du moins de la partie en lien avec les travaux de la Commission. Pour ce qui est de la question de séminaires conjoints, il suggérerait de combiner les deux possibilités : la réunion des conseillers juridiques pourrait servir à débattre des sujets intéressant à la fois la Commission et l'Organisation, tandis que cette dernière fera tout son possible pour inviter des membres de la Commission aux séminaires qui se tiennent entre les sessions.

75. M. PELLET dit que, bien qu'il regrette d'injecter une note négative dans les débats, il est un peu mal à l'aise à la pensée que les membres de la Commission, indépendants, collaborent avec les États qui constituent l'AALCO. Il craint un mélange détonnant.

76. M. Sreenivasa RAO dit que, si le débat est engagé en toute honnêteté, les résultats seront utiles. Il remercie l'AALCO de son soutien à la Commission et l'invite instamment à trouver de nouvelles méthodes et techniques de coordination dans l'intérêt ultime de la codification du droit international.

77. M. KAMIL (Observateur de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique) dit que la contribution des membres de la Commission sera celle d'experts dont les connaissances sur certains sujets ne peuvent qu'enrichir les débats de l'AALCO qu'il représente.

La séance est levée à 13 heures.

2739e SÉANCE

Mercredi 31 juillet 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Coopération avec d'autres organismes *(suite)*

[Point 11 de l'ordre du jour]

VISITE DU PRÉSIDENT DE LA COUR INTERNATIONALE DE JUSTICE

1. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Gilbert Guillaume, Président de la Cour internationale de Justice, avec lequel la Commission est heureuse de pouvoir procéder à l'habituel échange de vues.

2. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) se félicite de l'usage qui s'est instauré ces dernières années, suivant lequel le Président de la CIJ vient présenter aux membres de la Commission du droit international la situation et les activités de la CIJ. Concernant la composition de la Cour, il rappelle que, M. Bedjaoui ayant démissionné, M. Elaraby a été élu le 12 octobre 2001 pour lui succéder, et que le prochain renouvellement

triennal aura lieu à l'automne 2002. Il indique que, du fait de la multiplication des affaires soumises à la Cour, le nombre des juges ad hoc est passé à 19, ce qui a pu poser certains problèmes d'ordre administratif. S'agissant de la reconnaissance de la compétence de la Cour, il annonce que 63 États acceptent désormais la clause facultative de juridiction obligatoire prévue au paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut.

3. Les affaires soumises à la Cour sont au nombre de 24, et concernent des États de toutes les parties du monde : 5 affaires concernent des États africains, une des États asiatiques, 12 des États européens, 2 des États d'Amérique latine et 4 opposent des États de régions différentes. L'activité de la Cour a donc désormais un caractère véritablement mondial, ce qui n'était pas le cas au début de son existence, où l'essentiel des affaires traitées concernaient l'Europe et l'Amérique latine. Les objets des contentieux sont très variés. On relève cinq affaires relatives à des différends territoriaux, à savoir une affaire opposant le Cameroun au Nigéria (*Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria*), une affaire, soumise par voie de compromis, opposant l'Indonésie et la Malaisie (*Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*), deux affaires opposant le Nicaragua au Honduras d'une part et à la Colombie d'autre part (*Délimitation maritime entre le Nicaragua et le Honduras dans la mer des Caraïbes* et *Différend territorial et maritime*) et enfin une affaire, soumise par voie de compromis, opposant le Bénin et le Niger (*Différend frontalier Bénin/Niger*). Un autre objet classique de litige, le statut des étrangers, donne lieu à une affaire opposant la République de Guinée à la République démocratique du Congo (*Diallo*), ainsi qu'à une affaire opposant le Liechtenstein à l'Allemagne (*Certains biens*). On constate une multiplication des affaires touchant davantage à l'actualité diplomatique, voire militaire : les deux affaires opposant la Jamahiriya arabe libyenne aux États-Unis et au Royaume-Uni (*Lockerbie*), deux affaires opposant la Bosnie-Herzégovine et la Croatie à la Yougoslavie (*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*), ainsi qu'une demande en révision présentée par la Yougoslavie dans l'affaire l'opposant à la Bosnie-Herzégovine, huit affaires dans lesquelles la Yougoslavie conteste l'action menée par des pays membres de l'OTAN au Kosovo (*Licéité de l'emploi de la force*), et enfin deux recours présentés par la République démocratique du Congo contre l'Ouganda, d'une part, et le Rwanda, d'autre part (*Activités armées sur le territoire du Congo*). Même si l'on tient compte du fait que certains de ces dossiers, comme les deux affaires de *Lockerbie* et les huit affaires relatives au Kosovo, relèvent de séries, on constate que la Cour est saisie de 16 affaires distinctes. De plus, au cours des dernières années, les incidents procéduraux ont été nombreux, ce qui alourdit encore le travail de la Cour. Outre les exceptions préliminaires d'irrecevabilité et d'incompétence soulevées par des défendeurs et les recours en interprétation, on relève une augmentation du nombre des demandes reconventionnelles et des interventions.

4. Présentant l'activité de la Cour pendant l'année écoulée, M. Guillaume évoque la première affaire ayant abouti à un jugement au fond (*Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*). Un juge d'instruction belge ayant lancé un mandat d'arrêt international contre le Ministre des affaires étrangères, alors en exercice, de la République démocratique du Congo, pour crime contre l'humanité et crime de guerre, cet État estima cette action contraire au droit international et attaqua la Belgique devant la Cour internationale de Justice. Cette affaire a connu une instruction rapide, notamment grâce au fait que la Belgique avait accepté de présenter les exceptions d'incompétence et d'irrecevabilité qu'elle souhaitait soulever en même temps que ses réponses sur le fond au mémoire du Congo, ce qui a permis à la Cour de statuer en un peu plus d'un an. Ayant écarté les exceptions soulevées par la Belgique, la Cour avait initialement à répondre à deux questions : premièrement, celle de l'immunité de juridiction, devant une juridiction étrangère, du Ministre des affaires étrangères; et deuxièmement, celle de la compétence de la juridiction belge, dans la mesure où les infractions alléguées avaient été commises hors du territoire belge, aucune victime belge n'était alléguée, et l'accusé n'était pas belge et ne se trouvait pas sur le territoire de la Belgique. Toutefois, ce point, soulevé initialement par la République démocratique du Congo, n'ayant pas été repris par la suite, la Cour n'a statué que sur la première question, reconnaissant que les ministres des affaires étrangères jouissaient d'une immunité de juridiction totale pendant toute la durée de leur charge pour tous les actes commis avant leur entrée en fonctions ou pendant qu'ils étaient en fonctions, soit à titre officiel dans l'exercice de leurs fonctions, soit à titre privé. La Cour a précisé que cela ne signifiait nullement l'impunité, puisqu'il existe une possibilité de jugement devant la juridiction nationale de l'accusé, et éventuellement devant une juridiction internationale compétente. D'autre part, cette immunité peut être levée, et lorsque le ministre des affaires étrangères en cause a cessé ses fonctions, elle ne vaut que pour les actes accomplis à titre officiel. Cette décision, acquise à une large majorité, clarifie la question des immunités juridictionnelles.

5. La Cour a également statué, dans l'affaire de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, sur la requête à fin d'intervention de la République des Philippines. Dans cette affaire, relative à la souveraineté sur deux îles situées à l'est de Bornéo, la République des Philippines a souhaité intervenir, estimant que le raisonnement de la Cour pouvait avoir une incidence sur ses revendications sur un autre territoire (Nord-Bornéo), à propos duquel elle est en litige avec la Malaisie. La Cour devait dire si les Philippines avaient un intérêt d'ordre juridique suffisant pour intervenir. Tout en admettant que l'intérêt d'ordre juridique qu'un État cherchant à intervenir doit démontrer peut concerner non seulement le dispositif de l'arrêt mais les motifs de celui-ci, la Cour a estimé que cet intérêt n'était pas établi en l'espèce, et a donc rejeté la requête à fin d'intervention.

6. Dans une troisième affaire, opposant la République démocratique du Congo à l'Ouganda (*Activités armées sur le territoire du Congo*), la Cour a statué sur la recevabilité de demandes reconventionnelles de l'Ouganda, auxquelles le Congo avait opposé des exceptions, estimant que deux d'entre elles avaient un lien suffisant avec la demande principale pour être recevables, et qu'une autre n'était pas recevable. Dans une quatrième affaire, *Activités armées sur le territoire du Congo (nouvelle requête : 2002) (République démocratique du Congo c. Rwanda)*, la Cour a statué sur une demande en indication de mesures

conservatoires présentée par le Congo. Constatant qu'elle n'avait pas compétence *prima facie*, elle a rejeté la demande en indication de mesures conservatoires. En outre, le Rwanda demandait que l'affaire soit rayée du rôle pour incompétence manifeste de la Cour, en se prévalant de décisions en ce sens prises dans les affaires relatives au Kosovo concernant les États-Unis et l'Espagne. La Cour a rejeté cette demande, et l'instruction de l'affaire se poursuit. Toutes ces décisions ont été prises à une large majorité ou à l'unanimité.

7. D'autres affaires sont actuellement en délibéré. L'affaire *Frontière terrestre et maritime entre le Cameroun et le Nigéria (Cameroun c. Nigéria; Guinée équatoriale (intervenant))*, qui est déjà ancienne, a donné lieu à de nombreux incidents procéduraux : le Nigéria a présenté huit exceptions préliminaires, dont sept ont été rejetées et une jointe au fond, puis une demande d'interprétation de ce premier jugement, qui a été rejetée, et enfin des demandes reconventionnelles, lesquelles ont été déclarées recevables. D'autre part, la Guinée équatoriale a présenté une requête à fin d'intervention qui a, elle aussi, été déclarée recevable. La Cour se penche maintenant sur le fond. Cinq semaines d'audiences ont été consacrées à ce dossier très volumineux, et le jugement devrait être rendu à l'automne 2002. Pour une deuxième affaire en délibéré, à savoir celle de la *Souveraineté sur Pulau Ligitan et Pulau Sipadan*, les audiences ont duré une semaine et demie, et le jugement sera également rendu à l'automne. Si l'on ajoute la demande en indication de mesures conservatoires présentée par la République démocratique du Congo (*Activités armées sur le territoire du Congo*) (*nouvelle requête : 2002*), la Cour comptait au mois de juin 2002 trois affaires simultanément en délibéré, ce qui correspond sans doute au maximum de ses possibilités.

8. Face au développement du contentieux, la CIJ s'est demandé comment elle pouvait améliorer ses procédures. Elle a décidé de publier des instructions de procédure, qui sont de simples recommandations et ont l'avantage d'être plus faciles à modifier le cas échéant que le Règlement. Ces instructions sont au nombre de neuf. La première invite les parties, dans les affaires soumises par voie de compromis, à déposer les pièces de procédure de façon successive et non simultanée; elle n'a pas toujours été suivie d'effets. La deuxième recommande aux parties, dans la rédaction de chaque pièce de procédure, de s'attacher non seulement à répondre aux arguments de l'autre partie, mais à présenter clairement ses propres conclusions et moyens. La troisième préconise une sélection plus rigoureuse des documents annexés, dont la traduction a un coût élevé. La quatrième invite les parties qui disposent de traductions des pièces à les fournir. La cinquième réduit à quatre mois à partir du dépôt du mémoire le délai alloué pour soulever des exceptions préliminaires. La sixième recommande de veiller à la brièveté des exposés oraux prononcés lors des audiences. Il est clair toutefois que la longueur des audiences dépend de la nature des affaires soumises. Les septième et huitième instructions de procédure traitent de la compatibilité de certaines fonctions, notamment des fonctions de juge ad hoc avec celles d'agent, de conseiller ou d'avocat dans une autre affaire soumise à la Cour. Il y a lieu de noter qu'elles ont immédiatement été suivies d'effets. La neuvième instruction pose des règles plus strictes concernant le dépôt de nouveaux documents après la clôture de la procédure écrite.

9. M. Guillaume avait dit l'année précédente que la Cour disposait d'un budget insuffisant. Pour le budget 2000-2001, des ressources additionnelles ont été obtenues en ce qui concerne le personnel linguistique. Pour l'exercice biennal 2002-2003, plusieurs créations de postes au Greffe ont été acceptées. La Cour avait aussi demandé qu'un référendaire soit affecté à chaque juge; cette demande a été partiellement satisfaite. Les effectifs du Greffe, stables depuis la création de la Cour, sont passés de 63 à 91 personnes, dont 28 de la catégorie des administrateurs. Le budget pour deux ans s'élève à 23,8 millions de dollars des États-Unis, ce qui correspond à une augmentation de 7 %; toutefois, la décision prise par l'Assemblée générale de bloquer 10 % des budgets de tous les organes du système des Nations Unies entraîne des difficultés. M. Guillaume évoque pour terminer le programme de stages destinés à des étudiants de niveau avancé, qui sont financés par les universités d'origine de ces étudiants.

10. En conclusion, M. Guillaume souligne que la Cour constate un développement de son activité et une meilleure situation budgétaire, et s'efforcera de continuer à améliorer sa procédure.

11. Le PRÉSIDENT, prenant la parole en qualité de membre de la Commission, dit qu'il se souvient de l'époque où la CIJ n'avait qu'une affaire inscrite à son rôle et qu'il est intéressant de voir que la Cour s'efforce de ramener la durée de la procédure orale à une ou deux semaines. Il note à cet égard que dans certains pays le temps alloué par la juridiction suprême pour les plaidoiries se chiffre en heures, voire en minutes.

12. M. Streenivasa RAO exprime l'espoir que la réduction du temps alloué aux parties pour leurs plaidoiries et du nombre des annexes qu'elles peuvent joindre à leurs mémoires ne les privent pas de la possibilité d'exposer exhaustivement leur position.

13. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'il est évident que les parties doivent avoir la possibilité d'exposer aussi complètement que possible leur position, et que la Cour elle-même doit pouvoir examiner les affaires en ayant en main toutes les données. Il s'agit simplement d'une question d'équilibre entre procédure écrite et procédure orale. La Cour n'a jamais protesté contre la longueur des pièces de procédure écrite déposées par les parties, car elle estime que ces pièces doivent être aussi complètes que possible. En revanche, elle a parfois trouvé à redire s'agissant du nombre des annexes jointes à ces écritures et de la longueur des plaidoiries des conseils.

14. M. PELLET ne pense pas qu'on puisse, comme l'a fait M. Rosenstock, comparer la juridiction suprême de tel ou tel État et la CIJ; en effet, ce sont des États souverains qui plaident devant cette dernière, et toutes les affaires peuvent dès lors y être considérées comme « sensibles ». Il est néanmoins troublé par la manière dont le Président de la Cour a insisté sur la réduction de la durée de la procédure orale. Il y a certes eu des excès mais cette durée doit avant tout être adaptée à chaque affaire. Enfin, s'agissant des instructions de procédure évoquées par le Président

de la Cour, M. Pellet demande comment ces instructions de procédure sont élaborées, comment elles peuvent être modifiées, et si la Cour accepterait des avis extérieurs, par exemple de conseils habitués à plaider devant elle, qui, comme lui-même en ce qui concerne l'une de ces instructions, souhaiteraient qu'elles soient modifiées.

15. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) dit qu'il ne semble pas possible de réduire la durée de la procédure orale devant la Cour à ce qu'elle est devant la Cour suprême des États-Unis, par exemple, ou même devant la Cour européenne de justice. Il n'est pas question d'en arriver là. Il rappelle que la procédure orale a une double fonction : la première, technique, est de permettre aux parties de résumer leurs points de vue et d'affiner leurs conclusions finales, la seconde de permettre aux États de montrer à leur opinion publique et à leur parlement qu'ils ont pleinement défendu la cause nationale. La longueur de la procédure orale doit être adaptée à la nature du dossier, et dans certaines affaires juridiquement et politiquement importantes, par exemple l'affaire *LaGrand* ou l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, la procédure orale n'en a pas moins été assez brève et les parties satisfaites. Le problème est que le temps alloué est parfois mal utilisé, notamment pour ce qui est du deuxième tour de plaidoiries, souvent répétitif.

16. S'agissant des instructions de procédure, elles sont élaborées au sein d'abord du Comité du Règlement puis de la Cour plénière, et ce double examen garantit une étude attentive des problèmes. À cet égard, des commentaires officiels ne sont pas nécessaires mais il existe pour les conseils habitués à plaider devant la Cour des voies plus discrètes leur permettant de faire connaître leur point de vue. L'avantage des instructions de procédure est qu'elles peuvent être aisément modifiées en fonction de l'expérience.

17. M. DUGARD dit que la durée de la procédure orale pourrait se trouver réduite si les membres de la Cour avaient la faculté, comme c'est le cas devant les juridictions suprêmes de certains États, de poser des questions aux conseils.

18. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) dit que cette question est depuis longtemps débattue au sein même de la Cour et qu'il faut tenir compte de trois considérations. Premièrement, la Cour a affaire à des États souverains, et la plupart du temps les conseils ne peuvent de ce fait répondre immédiatement aux questions qui leur sont posées, ne serait-ce que parce que la réponse à donner implique des délibérations au sein de l'équipe ou même du gouvernement concerné. Deuxièmement, si la Cour pose des questions aux conseils, il lui faudra délibérer pour savoir lesquelles; or certains juges ne sont pas prêts à se prononcer sur les questions à poser avant d'avoir entendu les plaidoiries. Enfin, certains juges ont été formés selon la tradition romano-germanique et d'autres selon la tradition anglo-saxonne et n'ont donc pas la même habitude du délibéré. Les seconds ont coutume de poser des questions qui peuvent révéler au moins en partie l'état de leur pensée, ce qui dans certains pays, par exemple la France, constituerait une violation du délibéré. Dans les pays de tradition romano-germanique, les questions doivent être purement factuelles ou porter sur un point de pur droit. Il y a divergence sur ce point au sein même de la Cour, et par le passé certains juges se sont indignés de questions que d'autres voulaient poser aux conseils.

19. M. MOMTAZ, se référant à l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* évoquée par le Président de la CIJ, dit qu'il croit comprendre que l'un des arguments qui a amené la Cour à décider qu'un ministre des affaires étrangères jouissait de l'immunité absolue était que ses fonctions l'amenaient à voyager fréquemment à l'étranger. Étant donné que de nos jours tous les ministres sont amenés à voyager à l'étranger pour exercer leurs fonctions, il aimerait savoir si tous les ministres jouissent de l'immunité absolue de juridiction, à l'instar du ministre des affaires étrangères.

20. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) dit que cette question n'a pas été tranchée par la Cour et qu'il ne lui appartient pas d'y répondre.

21. M. BROWNLIE pense comme M. Pellet que l'analogie entre les cours suprêmes des États et la CIJ n'est pas appropriée. Il fait observer qu'étant donné la pression financière qui pèse sur la Cour et la charge de travail qui est désormais la sienne, il n'est pas toujours facile pour l'observateur extérieur de dire si un changement particulier dans les méthodes de travail de la Cour est le résultat d'une décision de principe ou une réaction empirique à un impératif financier. Il fait observer à cet égard que les arrêts de la Cour sont plus succincts que jadis et que cela préoccupe certains juristes, qui déplorent qu'alors que les États en cause ont présenté par écrit et oralement des arguments très élaborés, la Cour y répond sommairement.

22. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice) dit que, s'agissant du caractère plus succinct des décisions de la Cour, cette dernière est reconnaissante aux conseils d'aborder dans leurs écritures tous les aspects des affaires, mais ceci ne signifie pas que la Cour soit obligée de statuer sur chacun des moyens présentés par les parties. Sa seule obligation est de statuer sur toutes les conclusions. Or les États ne font pas toujours clairement la distinction entre les conclusions, auxquelles la Cour doit répondre dans le dispositif de son arrêt, et les moyens eux-mêmes, que la Cour peut examiner ou ne pas examiner dans ses motifs.

23. La CIJ essaie en effet d'être plus succincte dans ses arrêts et ceci pour deux raisons. La première est qu'elle applique, comme toutes les juridictions du monde, le principe de l'économie de moyens. À cet égard, l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* constitue un bon exemple : ayant estimé que la frontière dont on lui demandait d'établir le tracé était définie dans le Traité d'amitié et de bon voisinage entre la République française et le Royaume-Uni de Libye, signé en 1955[1], la Cour a déclaré en trois lignes qu'il n'y avait pas lieu pour elle d'examiner les milliers de pages d'arguments présentés sur d'autres points par les parties. Le Président de la Cour dit qu'il comprend la frustration des conseils dans un tel cas, mais il estime qu'il est à la fois normal qu'ils aient développé ces arguments comme ils l'ont fait et que la Cour n'en traite pas. Deuxièmement, comme, du fait de l'accroissement du nombre des affaires inscrites

[1] Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1596, nº 27943, p. 151.

au rôle, la Cour dispose de moins de temps, le principe de l'économie des moyens est encore plus pertinent, s'agissant pour la Cour de statuer rapidement tout en répondant à toutes les conclusions des parties. Enfin, les juges sont issus de traditions nationales différentes, et notamment de pays dans lesquels les décisions des juridictions suprêmes peuvent couvrir plus de 100 pages et d'autres dans lesquels ces décisions se réduisent à une ou deux pages. La Cour s'efforce de maintenir un équilibre entre ces traditions diverses.

24. Mme ESCARAMEIA dit qu'il lui semble que les décisions de la CIJ sont actuellement prises à une plus large majorité que par le passé et qu'il y a moins d'opinions dissidentes et donc, semble-t-il, plus d'unité au sein de la Cour. Elle demande si ce phénomène, remarquable en soi, compte tenu de la vitesse à laquelle le monde évolue et son cadre juridique avec, est en rapport avec les méthodes utilisées par la Cour pour parvenir à ses décisions et ses méthodes de travail en général.

25. M. ADDO voudrait savoir quels seraient, pour une partie, les effets juridiques du non-respect des instructions de procédure. La partie en question se verrait-elle donner l'occasion de les respecter ou la Cour refuserait-elle de connaître de l'affaire quant au fond du fait de ce non-respect ?

26. Mme XUE demande au Président de la CIJ s'il a des commentaires qui pourraient aider la Commission dans son examen d'un sujet qu'elle vient de mettre à l'étude, à savoir la fragmentation du droit international.

27. M. CHEE, faisant remarquer que sa question recoupe en grande partie celle de Mme Xue, rappelle que M. Guillaume s'est déjà exprimé au sujet de la fragmentation du droit international devant la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il voudrait savoir si le Président de la CIJ a changé d'opinion sur le sujet depuis l'année précédente.

28. M. GUILLAUME (Président de la Cour internationale de Justice), répondant à la question de Mme Escarameia, indique que le fait de rendre des jugements succincts aide à obtenir une majorité plus large. C'est le cas notamment de l'affaire du *Différend territorial (Jamahiriya arabe libyenne/Tchad)* où la Cour a jugé à l'unanimité, à l'exception du juge ad hoc libyen, que, selon le Traité d'amitié et de bon voisinage de 1955, la bande d'Aouzou faisait partie du territoire tchadien. Si la Cour avait été obligée de se pencher sur tous les événements qui avaient précédé le Traité de 1955, il aurait pu y avoir des points de vue plus divers. Il y a donc un lien évident entre le principe de l'économie de moyens et l'unanimité des jugements.

29. Passant ensuite à la question de M. Addo, M. Guillaume précise que les instructions de procédure ont le caractère de recommandation. Si les parties n'en tiennent pas compte, c'est leur droit, encore que, dans la pratique, elles le fassent le plus souvent.

30. En ce qui concerne la fragmentation du droit international, le risque existe tant au niveau des normes qu'à celui des juridictions. M. Guillaume précise qu'il n'a pas encore eu l'occasion de prendre position au sujet de la fragmentation des normes, mais il lui semble évident qu'à mesure que le droit international s'intéresse à des sujets de plus en plus divers, le risque de conflit des normes s'accroît. Quant à la fragmentation des juridictions, il a déjà évoqué le sujet devant l'Assemblée générale à plusieurs reprises, comme l'a rappelé M. Chee. La multiplication des juridictions est une conséquence de l'extension et de la spécialisation du droit international, ce qui n'est pas mauvais en soi. En effet, tous les systèmes de droit interne évolués sont dotés de juridictions spécialisées. Le problème, c'est de conserver quand même l'unité du droit, parce que la multiplication des juridictions risque, d'une part, de donner lieu à la recherche par les États des tribunaux qui seraient les mieux disposés à leur égard (« *forum shopping* ») et, d'autre part, de favoriser la contrariété dans le dispositif et dans les motifs des jugements. Ce risque a été mis en évidence ces dernières années dans le cadre de l'affaire *Tadić* ou du différend concernant la pêche à l'espadon (*Conservation et exploitation durable des stocks d'espadon*) apparu entre le Chili et l'Union européenne.

31. Une solution avancée par M. Guillaume consiste à ce que les juridictions internationales puissent poser des questions préjudicielles à la CIJ. Ainsi, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a récemment proposé au Conseil de sécurité de demander un avis consultatif à la Cour. En l'espèce, le Conseil de sécurité a jugé qu'il était plus facile de modifier le statut du Tribunal sans demander l'avis de la Cour, mais l'exemple est intéressant en ce qu'il montre que le mécanisme existe et qu'il est possible d'y recourir.

Les réserves aux traités[2] *(fin)* [A/CN.4/526 et Add.1 à 3[3], A/CN.4/521, sect. B, A/CN.4/L.614, A/CN.4/L.623]

[Point 3 de l'ordre du jour]

SEPTIÈME RAPPORT DU RAPPORTEUR SPÉCIAL *(fin)*

32. M. PELLET (Rapporteur spécial) fait le point des commentaires qu'ont appelés les projets de directive figurant dans son septième rapport (A/CN.4/526 et Add.1 à 3).

33. Les projets de directives 2.5.7 et 2.5.8, qui portent sur l'effet du retrait d'une réserve, n'ont pas suscité de débats passionnés; la seule observation formulée portait sur la question de savoir s'il fallait utiliser le mot « effet » au singulier ou au pluriel. L'article 21 commun aux Conventions de Vienne de 1969 et 1986 utilise la forme plurielle, mais l'article en question porte sur les effets juridiques des réserves et des objections aux réserves. Dans le cas du retrait d'une réserve, le singulier serait plus exact, mais le Rapporteur spécial laisse au Comité de rédaction le soin de trancher cette question.

34. Par ailleurs, le Rapporteur spécial s'est demandé s'il n'y avait pas lieu de transposer, dans le projet de direc-

[2] Pour le texte des projets de directive provisoirement adoptés à ce jour par la Commission, voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VI, par. 156, p. 189.

[3] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

tive 2.5.7 (Effet du retrait d'une réserve), l'observation très fondée que M. Galicki a faite au sujet du projet de directive 2.5.12 (Effet du retrait partiel d'une réserve). Celui-ci a fait remarquer que le retrait partiel d'une réserve laissait subsister des parties de la réserve et qu'il fallait en tenir compte dans la rédaction du projet de directive 2.5.12. Dans le cas du projet de directive 2.5.7, le retrait est certes total, mais il est sans doute abusif de dire que le retrait d'une réserve entraîne l'application du traité dans son intégralité. Il faudrait donc remanier le projet de directive 2.5.7 et indiquer que le retrait d'une réserve entraîne l'application des dispositions du traité visées par la réserve dans les relations entre l'État ou l'organisation qui retire la réserve et l'ensemble des autres parties, que celles-ci aient accepté la réserve ou y aient objecté. Par contre, l'observation de Mme Xue au sujet du projet de directive 2.5.8 (Effet du retrait d'une réserve en cas d'objection à la réserve accompagnée du refus d'entrée en vigueur du traité avec l'auteur de la réserve) lui paraît moins fondée, dans la mesure où cette disposition est consacrée aux seules objections à la réserve retirée.

35. Passant aux projets de directives 2.5.9 et 2.5.10, qui portent sur la date de prise d'effet du retrait d'une réserve, le Rapporteur spécial fait remarquer qu'ils ont appelé des remarques à peine plus nombreuses que les précédents. M. Daoudi a cependant reproché au Rapporteur spécial d'avoir écrit au paragraphe 173 de son rapport que le paragraphe 3 *a* de l'article 22 de la Convention de Vienne de 1969, dont le projet de directive 2.5.9 reprend le texte, « s'écarte du droit commun », car, a-t-il fait observer, en matière de réserves, le droit commun, c'est ce que prévoit la Convention. Le Rapporteur spécial considère que c'est une question d'angle de lecture. Il est vrai que le projet de directive 2.5.9 (Date d'effet du retrait d'une réserve) reprend les termes du paragraphe 3 de l'article 22 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 mais, même dans ce cadre, on ne peut guère parler de droit commun car, en ce qui concerne la date d'effet des réserves elles-mêmes, l'article 20 de ces conventions pose des règles un peu différentes. Si l'on élargit la perspective au droit des traités dans son ensemble, la règle du paragraphe 3 *a* de l'article 22 des deux conventions est contredite par celle fixée à l'alinéa *b* de l'article 16, ou à l'article 24, paragraphe 3. Enfin, si on élargit encore la perspective et que l'on passe au droit international général, et en tout cas au système de la clause facultative du paragraphe 2 de l'Article 36 du Statut de la CIJ, c'est le système inverse qui prévaut. On pourrait déduire de ce qui précède qu'il n'existe peut-être pas de règle générale. Le Rapporteur spécial concède toutefois qu'au paragraphe 173 de son rapport il aurait sans doute dû se référer à l'alinéa *c* de l'article 78 de la Convention de Vienne de 1969 plutôt qu'à l'alinéa *b* de cette disposition.

36. Le Rapporteur spécial note avec reconnaissance que les orateurs qui se sont exprimés sur les projets de clause type ont été favorables à leur renvoi au Comité de rédaction.

37. Peu de choses ont été dites au sujet du projet de directive 2.5.10 (Cas dans lesquels l'État réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve). M. Gaja a cependant fait valoir, s'agissant de l'alinéa *b*, que le problème était que le retrait devait rester sans effet non pas sur la situation des États ou des organisations internationales cocontractants, mais sur les obligations du réservataire vis-à-vis des autres États ou organisations. Cette observation est judicieuse et le Comité de rédaction devra remanier la disposition en conséquence.

38. Mme Xue a elle aussi soulevé des problèmes en relation avec les retraits partiels mais le Rapporteur spécial pense avoir répondu à ses préoccupations dans sa présentation des projets de directives 2.5.11 et 2.5.12. Enfin, M. Fomba s'étant demandé quel était l'effet concret de l'alinéa *b* du projet de directive 2.5.10, le Rapporteur spécial le renvoie au paragraphe 168 du rapport et précise qu'il s'agit d'obligations « intégrales », à savoir celles qui lient les États moins entre eux que vis-à-vis de leurs ressortissants ou des étrangers qui se trouvent sur leur territoire. Dès lors, il n'y a pas d'inconvénient à laisser l'État réservataire fixer la date d'entrée en vigueur du retrait et il y a même avantage à le faire si la date est antérieure à celle résultant du principe général posé au projet de directive 2.5.9.

39. Les projets de directives 2.5.11 et 2.5.12, qui portent sur le retrait partiel, ont suscité davantage de commentaires. M. Galicki a ainsi proposé, à juste titre, d'intervertir les deux alinéas du projet de directive 2.5.11, pour commencer par donner la définition avant de passer à la forme du retrait partiel et à la procédure suivie. Cela étant, le Rapporteur spécial note que toutes les critiques et suggestions ont porté exclusivement sur le deuxième alinéa, c'est-à-dire sur la définition du retrait partiel. M. Galicki, rejoignant une préoccupation exprimée par Mme Xue, a évoqué le risque de voir les États essayer de présenter une aggravation de la réserve comme un retrait partiel. Tout en ne méconnaissant pas ce risque, le Rapporteur spécial est d'avis que c'est la fonction des juristes d'opérer des classifications et de déterminer, face à une modification donnée, s'il s'agit d'une atténuation ou d'une aggravation de la réserve, ce qui peut être parfois difficile à apprécier. Quoi qu'il en soit, et contrairement à l'avis de M. Momtaz, le terme « modification » est un mot essentiel de la disposition, puisque le retrait partiel porte sur une réserve existante et qui continue d'exister. Il ne s'agit donc pas du retrait de la réserve suivi d'une nouvelle réserve comme ce serait le cas s'il s'agissait d'une aggravation.

40. Toujours à propos du projet de directive 2.5.11, M. Fomba a invité le Rapporteur spécial à choisir entre deux expressions qui figurent dans la disposition, à savoir assurer plus complètement « l'application des dispositions du traité » et « du traité dans son ensemble ». Or le Rapporteur spécial tient à garder les deux expressions car elles ne sont pas synonymes. En effet, comme indiqué au paragraphe 211 du rapport, ce texte est calqué sur la définition des réserves telle qu'elle résulte des projets de directives 1.1 et 1.1.1, que la Commission a déjà adoptés, et qui visent clairement les deux situations.

41. S'agissant du projet de directive 2.5.12, M. Galicki a fait valoir à juste titre qu'il n'envisageait pas l'hypothèse pourtant très réaliste dans laquelle l'objection est expressément justifiée par son auteur par son opposition à la partie de la réserve qui n'est pas retirée. Pour faire droit à sa remarque, il suffirait sans doute d'ajouter un membre de phrase en ce sens à la fin du projet, par exemple : « dans

la mesure où l'objection ne porte pas exclusivement sur la partie de la réserve qui a été retirée ». Il semble que ceci répondrait aussi à l'un des problèmes soulevés par l'une des alternatives évoquées à la séance précédente par Mme Xue.

42. Lorsque M. Momtaz a indiqué qu'il pouvait y avoir des cas où, même face à un retrait partiel, les États cocontractants pouvaient faire une objection, le Rapporteur spécial a d'abord été très sceptique puisque, après tout, si une réserve existante est atténuée, il n'y a pas de raison d'admettre la réouverture de la possibilité de faire des objections, en tout cas après expiration du délai de 12 mois suivant la formulation de la réserve prévue par l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de 1969 et 1986. Mais il doit dire qu'il a été très ébranlé par l'exemple donné par M. Gaja, dans lequel la réserve, de générale qu'elle était, devient discriminatoire à l'encontre d'un État ou d'un groupe d'États donnés. Dans ce cas, il est en effet tout à fait compréhensible que l'État ou les États victimes d'une telle discrimination puissent légitimement vouloir formuler une objection qu'ils n'avaient pas jugé utile de formuler au départ. Toutefois, M. Gaja et M. Momtaz n'ont pas répondu à la question de savoir si la légitimité des objections est limitée au seul cas où la réserve devient discriminatoire ou s'il existe d'autres cas de ce genre. La question est importante, surtout si l'on prévoit un projet de directive exprès sur ce point (ou l'ajout d'un nouvel alinéa au projet de directive 2.5.12) car ce projet sera rédigé différemment selon la réponse qu'on lui apporte. En tout état de cause, il faudra évoquer l'hypothèse ou les hypothèses pertinente(s) non pas seulement dans le commentaire mais bien dans le projet de directive 2.5.12 lui-même ou dans une directive 2.5.12 *bis*. À la séance en cours, M. Gaja a remis au Rapporteur spécial un projet qui a l'avantage de laisser ouvertes toutes les possibilités, ainsi libellé : « Aucune nouvelle objection ne peut être formulée en cas de retrait partiel d'une réserve à moins que la réserve telle qu'elle résulte du retrait ne soulève des questions nouvelles et si l'objection a trait à une telle question ». Il serait ainsi précisé qu'en principe on ne peut faire de nouvelles objections, sauf si l'allure générale de la réserve est suffisamment modifiée pour qu'il soit raisonnable d'en émettre. Le Rapporteur spécial est très favorable à cet ajout et souhaite que le Comité de rédaction en soit saisi.

43. Les projets de directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis* ou, à titre alternatif, 2.5.X sur les conséquences de la constatation de l'illicéité d'une réserve par un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité ont suscité parmi les membres une agitation plutôt excessive aux yeux du Rapporteur spécial. Si l'on raisonne sur le seul projet de directive 2.5.X, qui combine les projets 2.5.4 et 2.5.11 *bis* et a la préférence des membres, on peut dire comme M. Koskenniemi et M. Gaja qu'il énonce une évidence en son paragraphe 1. Si l'on prend ce projet de directive à la lettre, ils ont en effet raison : dans quelque cas de figure que l'on se place, un organe, quel qu'il soit, ne peut certainement pas retirer une réserve. Mais ce qui paraît important au Rapporteur spécial, c'est de dire que ces organes ne peuvent jamais, quoi qu'il arrive, décider de l'engagement conventionnel de l'État, c'est-à-dire qu'ils ne peuvent ni retirer la réserve ni l'annuler. Tout au plus peuvent-ils, comme le dit le paragraphe 1 du projet 2.5.X, en constater l'illicéité (ou la non-validité). Mais, dans l'esprit du Rapporteur spécial, il convient, quelque part dans le projet de directives, de dire ou plutôt de redire ce que la Commission a déjà dit au paragraphe 10 de ses Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, adoptées à sa quarante-neuvième session, dans lequel elle a noté « qu'en cas d'illicéité d'une réserve, il appartient à l'État réservataire d'en tirer les conséquences »[4]. S'il en va ainsi, c'est bien que l'organe de contrôle ne peut lui-même le faire. Il constate que la réserve est illicite, mais celle-ci, en tant qu'instrument, sort indemne de cette constatation et ce, quel que soit l'organe qui s'est prononcé. Quoi qu'en ait dit M. Daoudi, le Rapporteur spécial n'a jamais dit le contraire.

44. Mme Escarameia a estimé par contre que certains organes avaient le pouvoir de retirer ou, en tout cas, d'anéantir une réserve, de faire comme si elle n'existait pas. Même si la Cour européenne des droits de l'homme s'est arrogé à tort ce pouvoir dans l'affaire *Belilos* et sa jurisprudence ultérieure, la CIJ, quant à elle, ne peut ni retirer ni annuler une réserve. Au mieux pourrait-elle peut-être refuser de mettre en œuvre une réserve illicite, mais elle devrait alors décider si la réserve est détachable du traité et appliquer le traité sans la réserve dans le cas qui lui est soumis ou si la non-validité de la réserve l'empêche d'appliquer le traité dans son ensemble. De toute manière, son arrêt n'aurait que l'autorité relative de la chose jugée, comme l'a fait remarquer M. Galicki, et, dans les relations entre l'État réservataire et les États autres que le défendeur, cette réserve continuerait à exister, mais à être illicite (ou non valide – en anglais *impermissible* ou *inadmissible*; le Rapporteur spécial ne se prononce pas sur ce problème de terminologie).

45. C'est à cette étape du raisonnement qu'intervient le paragraphe 2 du projet de directive 2.5.X dont la première phrase est reprise, au début et à un mot près, de la première phrase du paragraphe 10 des conclusions préliminaires précitées. Première différence, le Rapporteur spécial a ajouté au début de la phrase les mots « À la suite d'une telle constatation ». Un État soucieux de respecter le droit doit certainement « faire quelque chose » face à une réserve illicite, que cette illicéité ait ou non été constatée par un organe quelconque. À moins d'être de mauvaise foi, avant la constatation, l'État réservataire n'était pas conscient de l'illicéité de la réserve, d'où l'ajout proposé par le Rapporteur spécial. Seconde différence, dans le projet de directive 2.5.X, le Rapporteur spécial a écrit que l'État doit tirer les conséquences de la constatation. M. Momtaz propose « devrait ». M. Tomka propose « il appartient à l'État ». Pour le Rapporteur spécial, cette dernière expression est préférable, car c'est celle qui figure dans les conclusions préliminaires. Par contre, il ne peut accepter la remarque du Président selon laquelle « l'État peut ne rien faire ». Une telle attitude ne serait pas juridiquement fondée. L'État en question est partie à un traité; ce traité crée un organe de contrôle qui, par définition, a compétence pour constater l'illicéité de la réserve; il ne paraît pas acceptable au Rapporteur spécial de soutenir que l'État de bonne foi « peut ne rien faire » s'il est soucieux de respecter le droit. Sur ce point, le Rapporteur

[4] Voir 2734e séance, note 7.

spécial est en accord avec ce qu'a dit à ce sujet M. Brownlie la semaine précédente.

46. Le Rapporteur spécial ne perd pas de vue le paragraphe 5 des Conclusions préliminaires de la Commission du droit international concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, sur lequel M. Gaja a attiré l'attention de la Commission. Ce paragraphe dit que les organes de contrôle créés par les traités relatifs aux droits de l'homme ont toujours compétence « pour faire des observations et formuler des recommandations en ce qui concerne notamment la licéité des réserves émises par les États », ce qui va dans le sens des observations du Président et de M. Gaja. Mais – et M. Gaja a négligé ceci – il en va ainsi, toujours selon le paragraphe 5, lorsque « ces traités sont muets à ce sujet », hypothèse que Mme Xue semble envisager comme seule valable en droit positif. Or cela n'est pas exact. Les traités normatifs ou relatifs aux droits de l'homme créant des organes de contrôle ne sont pas toujours muets à ce sujet et il arrive que ces organes aient des pouvoirs beaucoup plus larges et contraignants que celui de faire de simples observations et recommandations; une recommandation n'est, au demeurant, pas dénuée de force juridique. Tel est le cas de la Cour européenne des droits de l'homme, de la Cour interaméricaine des droits de l'homme, de la Cour africaine des droits de l'homme et des peuples ou de la Cour internationale de Justice. S'agissant de cette dernière, on fait valoir qu'elle n'est pas un organe de contrôle de la mise en œuvre d'un traité. Cela ne paraît pas exact lorsqu'elle est appelée par les parties à se prononcer sur l'application d'un traité. En admettant que cela soit vrai – et, dans ce cas, soit on oublie, soit on remplace l'expression « organe de contrôle » par l'expression « organe ayant compétence pour constater l'illicéité d'une réserve » –, on ne peut en tout cas pas suivre M. Momtaz lorsqu'il affirme que les organes de contrôle sont éminemment politiques. Ils ne le sont pas tous, ils ne le sont pas toujours, ils ne le sont pas seulement et ils ne le sont jamais exclusivement. Le Rapporteur spécial ne comprend pas davantage M. Yamada qui se proclame partisan des conclusions préliminaires et qui, dans le même mouvement, se prononce pour la suppression du paragraphe 2 du projet de directive 2.5.4 alors que celui-ci ne fait, pour l'essentiel, que reprendre le paragraphe 10 desdites conclusions.

47. Quoi qu'en aient dit M. Gaja, M. Pambou-Tchivounda, Mme Escarameia, M. Tomka ou M. Mansfield, le Rapporteur spécial n'a jamais dit, écrit ni pensé que l'État ayant fait une réserve dont un organe ayant compétence pour ce faire a constaté l'illicéité devait (avait l'obligation de) retirer celle-ci. Le projet de directive 2.5.X ne dit rien de tel. Il reprend seulement verbatim le paragraphe 10 des conclusions préliminaires en relevant que le retrait total ou partiel de la réserve constitue pour l'État un moyen (un moyen possible, pas le seul moyen) de s'acquitter de ses obligations juridiques. Le Rapporteur spécial ne voit pas en quoi cela est différent de ce que dit la deuxième phrase du paragraphe 10 des Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme : « l'État peut, par exemple, modifier sa réserve de manière à faire disparaître l'illicéité [c'est le retrait partiel] ou la retirer [c'est le retrait total] ». Ce sont bien des moyens pour l'État de s'acquitter de ses obligations à cet égard, et le Rapporteur spécial remercie M. Kateka d'avoir fait sienne cette interprétation, la seule correcte à son sens.

48. Plusieurs membres de la Commission, dont Mme Escarameia, M. Pambou Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Mansfield, ont insisté pour que l'on fasse une distinction entre les organes de contrôle selon les différents pouvoirs dont ils disposent. Le Rapporteur spécial remercie M. Koskenniemi de ses efforts pour présenter une typologie en ce sens. Celui-ci distingue trois possibilités. Dans la première hypothèse, l'organe pourrait « déclarer » la réserve nulle et de nul effet en tout ou en partie (« *make the reservation null and void in whole or in part* »). Tout le problème est de savoir quelles conséquences tirer d'une telle déclaration, un organe, quel qu'il soit, ne pouvant jamais décider qu'une réserve est nulle et de nul effet. Dans une deuxième hypothèse, l'organe de contrôle pourrait faire obligation à l'État auteur de la réserve de retirer sa réserve en tout ou en partie; le Rapporteur spécial est d'accord avec cette hypothèse mais, si le retrait total ou partiel peut être pour l'État un moyen de tirer les conséquences de l'illicéité de sa réserve, ce n'est pas limitatif; selon le paragraphe 10 des Conclusions préliminaires concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, l'État réservataire peut aussi renoncer à devenir partie. Dans une troisième hypothèse enfin, l'organe de contrôle peut recommander à l'auteur de la réserve de la retirer en tout ou en partie. Dans les grandes lignes, cela ne paraît pas au Rapporteur spécial contredire ce qui est dit dans le projet de directive 2.5.X et, d'ailleurs, tel n'était sans doute pas le propos de M. Koskenniemi. Mais cela constitue un effort pour l'expliciter, effort qui paraît plutôt avoir sa place dans le commentaire que dans les directives elles-mêmes.

49. Le Rapporteur spécial pense avoir montré qu'il est très modérément convaincu par les critiques qui ont été formulées au sujet du paragraphe 2 du projet de directive 2.5.X; pourtant, il ne demandera pas de renvoyer ce projet (et donc, pas non plus les projets de directives 2.5.4 et 2.5.11 *bis*) au Comité de rédaction, et cela malgré l'appui que ce renvoi a reçu de plusieurs membres de la Commission. En effet, le Rapporteur spécial est très sensible à une objection articulée avec une netteté particulière par M. Tomka, M. Brownlie et M. Mansfield (même si leurs positions ne coïncident pas entièrement) mais qui est aussi sous-jacente à plusieurs autres interventions. La question du retrait est au fond secondaire. Deux choses sont centrales dans le projet 2.5.X : d'une part, les pouvoirs des organes de contrôle de la mise en œuvre du traité à l'égard des réserves; d'autre part, les conséquences de l'illicéité d'une réserve. Au cours du débat, on s'est demandé dans laquelle de ces deux « rubriques » ces points devraient figurer. Des points de vue différents se sont exprimés. Il semble que la réponse peut être nuancée et qu'il conviendrait d'y revenir à la session suivante lorsque l'on parlera de la licéité (ou de la validité) des réserves; d'autre part, il faudrait y revenir aussi lorsque l'on reprendra l'examen des conclusions préliminaires, dans deux ans. Dans ces deux circonstances, le Rapporteur spécial soumettra aux membres les versions amendées et, il l'espère, plus adaptées de ces projets, compte tenu des débats de la session en cours. En conséquence, le Rapporteur spécial retire les projets de directives 2.5.4, 2.5.11 *bis* et 2.5.X. Pour le

reste, il lui semble qu'il n'y a pas d'objection dirimante à ce que les projets de directives 2.5.1 à 2.5.3, 2.5.5 à 2.5.12 (y compris les numéros *bis* et *ter*) et les projets des clauses types liées au projet de directive 2.5.9 soient renvoyés au Comité de rédaction et il espère que la Commission voudra bien prendre cette décision à la séance en cours afin que le Comité puisse examiner ces projets au début de la session suivante.

50. Le PRÉSIDENT remercie le Rapporteur spécial de son exposé récapitulatif et tout particulièrement d'avoir eu la courtoisie de retirer les projets de directives 2.5.4, 2.5.11 *bis* et 2.5.X. S'il n'y a pas d'objection, il considérera que la Commission approuve le renvoi au Comité de rédaction de tous les projets de directive figurant dans la partie du septième rapport intitulée« Le retrait et la modification des réserves et des déclarations interprétatives », compte tenu des observations faites oralement au cours du débat en séance plénière, à l'exception des projets de directives 2.5.4, 2.5.11 *bis* et 2.5.X.

Il en est ainsi décidé.

51. Mme ESCARAMEIA tient à rectifier l'interprétation de sa position donnée par le Rapporteur spécial. Elle n'a pas dit que le fait, pour un organe de contrôle, de considérer qu'une réserve n'était pas valide ou licite entraînait automatiquement le retrait de cette réserve. Elle a dit que cela entraînait pour l'État partie l'obligation de retirer cette réserve en tout ou partie. Elle aurait pu accepter le projet de directive 2.5.4., mais le membre de phrase « *it may fulfil its obligations* » laissait penser que l'État était libre de s'acquitter ou non de ses obligations. Or, elle pensait que l'État était tenu de s'acquitter de ses obligations.

La séance est levée à 12 h 50.

2740e SÉANCE

Vendredi 2 août 2002, à 10 h 10

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Responsabilité des organisations internationales (A/CN.4/L.622)[1]

[Point 7 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

1. M. GAJA (Rapporteur spécial et Président du Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales), présentant le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.622) dit que, comme la Commission vient seulement de se saisir du sujet, le moment n'est pas encore venu de prendre des décisions. Le Groupe de travail, créé en mai 2002 (2717e séance), a malgré tout produit un certain nombre de directives préliminaires, reproduites dans le corps du rapport, qui dessinent la voie à suivre.

2. Le terme de responsabilité a reçu un sens précis dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[2], qui excluent expressément, à l'article 57, toute question relative à la responsabilité d'après le droit international d'une organisation internationale ou d'un État pour le comportement d'une organisation internationale. Il semble donc raisonnable que le nouveau sujet à l'examen embrasse ces deux questions, encore qu'il faille souligner que le terme « comportement » n'implique pas nécessairement qu'il soit illicite : l'organisation peut ne pas être le destinataire légal de la règle établissant une obligation. Le nouveau texte devrait probablement chercher à exprimer des règles de droit international général relatives à la responsabilité des organisations internationales, y compris la responsabilité découlant des relations tissées entre elles et leurs États membres, même si, dans bien des cas, ces relations sont régies principalement par des règles particulières. Dans ce contexte, le Rapporteur spécial note que, de l'avis du Groupe de travail, les questions à examiner ne sont pas nécessairement identiques à celles traitées par les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, même si elles ne leur sont naturellement pas totalement étrangères.

3. Depuis sa vingt-deuxième session, tenue en 1970, la Commission examine séparément les questions de responsabilité (*liability*) qui ne présupposent pas l'existence d'un comportement illicite. Pour autant que le Rapporteur spécial le sache, le Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international n'a pas encore tranché la question de savoir si le sujet devrait s'étendre à ce type de responsabilité des organisations internationales. Dans l'intervalle, il semble raisonnable au Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales de reporter l'examen des questions de responsabilité (*liability*) jusqu'à ce que l'autre groupe de travail ait avancé dans ses travaux. La Commission pourra alors décider si la question mérite d'être examinée tout spécialement et, dans l'affirmative, du contexte qui se prêtera le mieux à cette étude.

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (2e partie), chap. VIII, sect. C, p. 97.

[2] Voir 2712e séance, note 13.

4. En ce qui concerne l'autre élément essentiel pour la définition du champ de l'étude, le Rapporteur spécial note que les conventions de codification définissent généralement les organisations internationales comme des organisations intergouvernementales. Cette définition sous-entend que l'organisation internationale possède la personnalité morale. Effectivement, une telle condition est essentielle, faute de quoi le comportement de l'organisation devrait être attribué non pas à l'organisation elle-même, mais à ses membres. Il faudra peut-être malgré tout prévoir des règles différentes pour différents types d'organisations, spécialement en ce qui concerne la question de la responsabilité des États membres dans le comportement de l'organisation. Certaines organisations intergouvernementales, par exemple, ont des membres non étatiques qui peuvent être soit des entités privées, soit d'autres organisations internationales. Dans ce dernier cas, la situation relève clairement du sujet de la responsabilité des organisations internationales, mais il n'en va pas de même dans le premier. Aussi serait-il peut-être préférable de n'examiner que les questions relatives aux organisations internationales et aux États en tant que membres d'organisations internationales et de ne prendre en considération les autres membres que si leur comportement affecte, d'une façon ou d'une autre, la responsabilité des États ou des organisations.

5. Le Groupe de travail a longuement débattu de la question des relations entre les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite et les nouveaux articles à rédiger. Il a reconnu que les premiers avaient élucidé un certain nombre de points et qu'il faudrait tout faire pour assurer une certaine cohérence. Il faudra donc avoir constamment à l'esprit les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Néanmoins, toute question concernant les organisations internationales devra faire l'objet d'une étude indépendante. Vu le peu de pratique disponible, certaines questions devront peut-être être laissées de côté ou réglées par un renvoi aux règles applicables aux États; mais on pourrait aussi imaginer une autre forme de développement progressif. Le Groupe de travail a clairement souhaité ne pas répéter l'expérience faite dans le cas du droit des traités qui s'était soldée en 1986 par l'adoption d'une convention qui est considérée comme une pale copie de la convention de codification précédente. Les membres de la Commission qui étaient présents à l'époque s'en souviendront comme d'un exercice pénible puisque ce processus aurait pu être largement simplifié par l'inclusion d'une référence générale à la Convention de 1969 dans un protocole relatif aux organisations internationales. La différence, dans le cas présent, tient à ce que la Commission ne peut se reporter à une convention de codification qui a déjà été adoptée : le statut des articles sur la responsabilité des États n'est pas encore arrêté. Qui plus est, il est possible que les questions propres aux organisations internationales soient plus nombreuses dans le domaine de la responsabilité que dans celui du droit des traités.

6. Le Groupe de travail a donc exprimé une préférence pour l'élaboration d'un texte complètement indépendant. En attendant l'examen par l'Assemblée générale du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, il faudrait donner la priorité aux questions dont il est indubitable qu'elles concernent précisément les organisations internationales afin d'éviter des doublons avec les travaux de la Commission sur la responsabilité des États ou d'avoir à modifier les suggestions suggérées. L'une de ces questions est celle de l'attribution d'un comportement illicite à une organisation. La première chose à faire serait de définir le moment où le comportement d'un organe d'une organisation ou d'une autre entité ou personne peut être attribué à cette organisation. Dans certains cas, la règle peut être similaire à celle applicable aux États, mais dans d'autres cas, la situation est moins claire, comme dans celui où l'organe d'un État agit pour le compte d'une organisation internationale dans le domaine du maintien de la paix, par exemple, ou dans un domaine relatif à la compétence exclusive de l'organisation internationale. Certaines dispositions conventionnelles, telles que l'annexe IX à la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, relient responsabilité et compétence. Cela ne veut pas dire malgré tout que le comportement illicite d'un organe de l'État agissant au titre de la compétence exclusive de l'organisation soit à attribuer à cette organisation.

7. Une autre question fréquemment débattue est celle de la responsabilité des États membres pour faits internationalement illicites dont une organisation dont ils sont membres porte aussi la responsabilité. S'ils sont tenus responsables, il faudra alors déterminer s'il y a responsabilité conjointe ou solidaire. C'est manifestement une question d'importance pratique, surtout si une organisation internationale ne peut répondre à ses obligations financières ou est dissoute. Dans l'affaire du Conseil international de l'étain et le conflit des *Hélicoptères Westland* [Westland Helicopters], l'organisation intéressée n'était pas en mesure de régler ses dettes, si bien que les créanciers ont adressé leurs réclamations aux États membres, avec plus ou moins de succès.

8. Le sujet impliquera probablement l'examen de la plupart des questions visées dans les première et deuxième parties des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Le Groupe de travail est plus hésitant en ce qui concerne les questions relevant de la troisième partie. L'examen de la mise en œuvre de la responsabilité peut susciter des difficultés dans des domaines comme l'invocation par une organisation internationale de la responsabilité d'une autre organisation et celle d'États dont le paragraphe 2 de l'article 33 des articles sur la responsabilité des États réserve expressément la possibilité. D'autres difficultés concernent l'identification des personnes habilitées à invoquer la responsabilité au nom d'une organisation et la question des contre-mesures d'organisations internationales dans les domaines qui relèvent de leur compétence, lorsqu'une violation a été commise non contre l'organisation elle-même, mais contre un État membre. Le Groupe de travail recommande de reporter toute décision sur la question de savoir s'il y a lieu de se saisir du problème de la mise en œuvre de la responsabilité. Il en va de même du règlement des différends intéressant des organisations internationales, question qui a aussi été exclue des articles sur la responsabilité des États pour toutes sortes de raisons qui pourraient également s'appliquer aux organisations internationales. En revanche, les méthodes couramment disponibles pour régler des diffé-

rends concernant des organisations internationales sont moins que satisfaisantes.

9. Toute la pratique en la matière devra être mise à profit, y compris les cas de responsabilité qui se sont produits dans des régimes juridiques autres que le droit international et qui pourraient renfermer des observations marginales sur des questions relevant de la responsabilité internationale ou concerner des questions analogues. Si la pratique de l'ONU fait essentiellement l'objet pour sa part de l'*Annuaire juridique des Nations Unies*, il est plus difficile par contre de se familiariser avec la pratique d'autres organisations internationales. Les nombreux ouvrages consacrés à la question ne renvoient qu'à quelques cas épars. La Commission ne pourra accomplir sa tâche que si elle approfondit sa connaissance de la pratique. C'est pourquoi le Groupe de travail recommande que le Secrétariat prenne contact avec des organisations internationales en vue de recueillir des éléments d'information pertinents (par. 27 du rapport).

10. Le PRÉSIDENT note que le Président du Groupe de travail a rappelé brillamment l'impression de nombreux participants à la conférence diplomatique que la Convention de Vienne de 1986 s'expliquait par la détermination d'une petite minorité qui ne pouvait accepter que les États et les organisations internationales soient traités dans le même contexte de crainte de donner aux organisations internationales des idées de grandeur.

11. M. MANSFIELD dit que les activités du Groupe de travail dont il est membre ont progressé sans à-coups en partie parce que le sujet est le pendant naturel de la responsabilité des États et en partie grâce aux conseils mûrement réfléchis du Président. Cela ne veut pas dire qu'il s'agisse d'un sujet tout simple; de fait, il s'avère de plus en plus complexe dans des domaines comme le maintien de la paix, dans lequel l'Organisation des Nations Unies travaille la main dans la main avec des forces armées nationales. L'Union européenne et d'autres organisations régionales sont dans la même position et l'élaboration de directives délimitant la responsabilité relative de ces organisations et celle des États membres dans des activités allant des grandes questions de la paix et de la sécurité aux points de détail de sujets délicats sur le plan politique et commercial comme la gestion des pêcheries est d'autant plus importante.

12. Pour ce qui est du rapport du Groupe de travail, M. Mansfield appuie l'affirmation, au paragraphe 6, que, dans le cas des organisations internationales qui ne sont pas des organisations à vocation universelle, il est peut-être plus probable que la responsabilité naisse à l'égard d'États non membres.

13. Se référant au paragraphe 7, M. Mansfield dit partager l'idée qu'il est préférable pour l'instant de reporter l'examen des questions de la responsabilité (*liability*) des organisations internationales en attendant l'issue des travaux de la Commission sur ce sujet dans le cas des États. Cependant, il ne faudrait pas interpréter cette position comme signifiant que la question de la responsabilité (*liability*) des organisations internationales n'est pas importante. Quant à savoir ce que la Commission devrait tenter de recouvrir par l'expression « organisations internationales », il accepte la conclusion du Groupe de travail (par. 8 à 11) de restreindre formellement son application aux organisations intergouvernementales. Même avec cette limite, il ne sera pas facile d'embrasser des entités aussi diverses. Quoi qu'il en soit, avec l'apparition d'organisations qui adoptent une approche plus inclusive de la participation et même de l'adhésion, le renforcement de la société civile et l'accroissement de l'implication du secteur privé dans bien des aspects de la vie internationale, la diversité des organisations ne cessera de croître. En conséquence, au fur et à mesure que progresseront les travaux sur le sujet, il faudra peut-être vérifier les conclusions préliminaires pour voir si elles s'adaptent à certaines des organisations hybrides.

14. Le Groupe de travail a débattu à fond de la question des relations entre le sujet de la responsabilité des organisations internationales et les articles sur la responsabilité des États et l'approche générale exposée aux paragraphes 12 à 14 semble être extrêmement sensée.

15. S'agissant de l'attribution, M. Mansfield note que les cas visés au paragraphe 16 où le comportement d'un organe de l'État est imposé par une organisation internationale ou se produit dans un domaine qui relève de la compétence exclusive d'une organisation posent une question d'un grand intérêt, extrêmement délicate pour la communauté internationale au sens large, à qui l'adhésion à cette organisation n'est pas ouverte, mais dont les intérêts peuvent être considérablement affectés par ses actes.

16. M. PELLET dit que tant le rapport écrit que sa présentation orale soulignent les points les plus importants. Cependant, il y a deux grandes questions sur lesquelles le rapport prend une position qui peut prêter à débat. La première est une question de fond, qui est celle des relations entre le sujet de la responsabilité des organisations internationales et les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, qu'ils soient ou non membres d'organisations internationales. La seconde est une question de forme; en d'autres termes, il s'agit de savoir comment traiter du sujet. Les membres de la Commission qui ont pris part en 1986 au débat sur le droit des traités relatif aux organisations internationales, qui a débouché sur la Convention de Vienne de 1986, semblent avoir été traumatisés par ce qui s'est passé à l'époque. M. Pellet n'était pas présent, mais il a examiné les rapports de son prédécesseur, Paul Reuter, qui a été finalement obligé d'admettre que l'on pouvait seulement transposer le droit général des traités au droit des organisations internationales. Il ressort du rapport du Groupe de travail qu'il est peu probable en l'espèce que l'on procédera à une simple transposition et, en tout état de cause, la question demande que l'on se penche sur des questions très différentes et parfois plus complexes que dans le cas de la responsabilité des États. Le titre du sujet demeurera selon toute probabilité le même, mais M. Pellet aimerait que le Rapporteur spécial traite de la question de la responsabilité liée aux organisations internationales.

17. M. Pellet a des réserves quant à la façon dont le Groupe de travail a traité des aspects formels des relations entre les travaux futurs sur la responsabilité des organisations internationales et les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. À plusieurs occasions, par exemple aux paragraphes 12 à 14, il est dit qu'il faudra inclure dans le

nouveau texte une référence générale aux règles adoptées dans le contexte de la responsabilité des États. Sans avoir d'objections à ce qu'il soit dit que les principes applicables à la responsabilité des États s'appliquent aussi aux organisations internationales, il pense qu'il n'est pas satisfaisant de faire continuellement référence à une série de projets d'article dans un autre. Le nouveau projet peut inclure une référence générale, citant les exceptions, qui sont assez nombreuses, ou renvoyer aux règles applicables à la responsabilité des États dans chaque cas spécifique. Il ne faudrait pas perdre de vue que, contrairement aux États, les organisations ne sont pas souveraines, d'où de nombreuses différences.

18. M. Pellet ne souscrit pas à ce qui est dit au paragraphe 9, à savoir que la définition d'une organisation internationale s'applique à des entités de nature très diverse. Il faudrait dégager les principes communs et les règles générales qui visent les organisations internationales. Il est évident qu'il existe des organisations internationales très distinctes les unes des autres. Des organisations comme l'Union européenne ou le Mercosur peuvent poser des problèmes spécifiques et, vu leur rôle, représenter une sous-catégorie d'importance suffisante pour mériter qu'une rubrique leur soit consacrée. En tant qu'auteur de manuels de droit international, M. Pellet n'a jamais eu de mal à rédiger la partie sur le droit des organisations internationales. Les États sont aussi très divers, comme le sont les engagements qu'ils prennent envers les groupements régionaux, mais cela n'empêche pas le développement d'une théorie générale des États.

19. Il est dit au paragraphe 10 que l'étude portera sur la responsabilité des organisations hybrides, lesquelles comptent au nombre de leurs membres, outre des États, des acteurs non étatiques. Il y est fait mention de l'Organisation mondiale du tourisme à titre d'exemple. M. Pellet est conseiller juridique de cette organisation et peut confirmer qu'elle n'a jamais rencontré de problèmes particuliers à cet égard. Il pense que la plupart des conseillers juridiques des organisations internationales peuvent en dire autant. Il est vrai que l'Organisation mondiale du tourisme est pour l'essentiel une organisation intergouvernementale classique et le statut de ses États membres diffère considérablement de celui de ses autres membres non étatiques.

20. Quand le moment sera venu de se pencher sur les questions liées à l'attribution (par. 15 et 16), il serait intéressant que le Rapporteur spécial cherche comment la Commission a traité ou non de la responsabilité des organisations internationales en étudiant la responsabilité des États avant qu'elle décide de reporter l'examen de plusieurs des problèmes posés jusqu'à ce qu'elle soit saisie du sujet spécifique de la responsabilité des organisations internationales.

21. Dans la version française du paragraphe 18, le membre de phrase « *a joint or a joint and several responsibility* » a été rendu par « responsabilité conjointe ou conjointe et solidaire » qui est un anglicisme : il faudrait lire « responsabilité conjointe ou solidaire ».

22. Il est dit au paragraphe 19 que la question de la succession entre organisations internationales soulève plusieurs problèmes qui ne semblent pas relever du sujet de la responsabilité des organisations internationales et pourrait être laissée de côté. C'est un point discutable, vu le début du paragraphe qui renvoie à la responsabilité des États en cas de non-respect des obligations souscrites par une organisation internationale qui a été dissoute par la suite. La seule raison de ne pas l'inclure serait que l'étude de la responsabilité des États n'a pas examiné la question de la succession à la responsabilité. L'argument en faveur de l'étude de cette question touche au sort des dettes d'une organisation dissoute qui représente un problème si important qu'il faudrait peut-être l'inclure même s'il risque d'étendre l'étude du sujet.

23. La déclaration faite au paragraphe 20 que la Commission aura à examiner la responsabilité d'une organisation à raison des actes d'une autre organisation ou d'un État et les circonstances excluant l'illicéité, y compris la renonciation comme expression du consentement, appelle des précisions.

24. Il est dit au paragraphe 24 que « compte tenu de la complexité de ces questions, il est peut-être sage, à ce stade, de laisser ouverte la question de savoir si l'étude devrait aborder les questions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité des organisations internationales et, dans l'affirmative, si elle devrait porter uniquement sur les demandes présentées par des États ou également sur les demandes présentées par des organisations internationales ». En général, M. Pellet ne voit pas comment un projet sur la responsabilité des organisations internationales pourrait ne pas traiter de sa mise en œuvre. Il reste que la Commission a toujours eu une conception assez floue de la mise en œuvre; ainsi, en examinant la responsabilité des États, elle ne s'est pas penchée sur la protection diplomatique qui est le mode par excellence de mise en œuvre de la responsabilité en cas de dommage indirect. La protection fonctionnelle est une autre question importante qui mériterait d'être examinée.

25. Enfin, se référant au paragraphe 26, l'orateur convient que le rapport ne devrait pas s'occuper directement de la question de la responsabilité concernant les contrats commerciaux, pourvu qu'il soit précisé que cette responsabilité relève du droit interne. Cependant, si le droit international est directement en jeu, M. Pellet n'est pas sûr qu'il faille laisser la question de côté, même si elle n'a pas été examinée dans le cas des États. Mais, comme M. Mansfield l'a indiqué, les circonstances changent et ces problèmes deviennent de plus en plus importants. Il a lui-même fait une étude des contrats et peut donner au Rapporteur spécial les extraits pertinents. Il est surpris que le Groupe de travail n'ait pas examiné la question de la responsabilité liée à la fonction publique qui pose des problèmes très particuliers et relève du domaine où le droit de la responsabilité des organisations internationales est le plus développé. Il est partisan de l'exclure parce que, du point de vue conceptuel, le droit interne relatif aux organisations internationales constitue un autre domaine du droit et que la Commission débat de la responsabilité internationale des organisations internationales et non de leur responsabilité en droit interne des organisations; mais cela mérite d'être explicité. Le Rapporteur spécial ne pourra cependant pas éviter de se pencher sur la jurisprudence des tribunaux administratifs internationaux pour voir s'il est possible d'en extraire des principes généraux de droit.

26. M. KATEKA, remerciant le Président du Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales pour le projet de rapport du Groupe de travail, dit qu'il existe certes différentes organisations internationales hybrides, mais, en matière de responsabilité, la Commission devrait s'en tenir à celle des organisations intergouvernementales. Pour ce qui est des relations entre ce sujet et celui de la responsabilité des États, il faudrait faire preuve de circonspection lorsqu'il s'agira d'établir une passerelle entre eux. Les articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne sont pas encore arrêtés définitivement : au cas où une conférence diplomatique se tiendrait, elle pourrait modifier certaines dispositions de ces articles. Il pourrait alors se poser un problème si la Commission se contente de les recopier. En tout état de cause, certaines questions prêtent à controverse dans le projet sur la responsabilité des États, par exemple en ce qui concerne les contre-mesures, et il est probable que, dans ses travaux sur la responsabilité des organisations internationales, la Commission s'emploiera à éviter dans la mesure du possible d'examiner cette question. Dans l'hypothèse où le sujet embrasserait des questions controversées comme celle des contre-mesures, ou que le produit final prendrait la forme d'une convention, il faudrait prévoir un lien avec la question du règlement des différends. En conséquence, bien que le Rapporteur spécial plaide pour que l'on laisse cette question de côté, la Commission devrait ne pas exclure purement et simplement la possibilité de se saisir de la question du règlement des différends à un stade ultérieur.

27. Quant au schéma que le produit final devrait suivre, il semble que l'adoption d'un texte détaillé sur le sujet soit la meilleure solution car il n'est pas possible de faire des renvois à une série de projets d'article qui n'a pas encore été adoptée en bonne et due forme et encore moins mise en vigueur, l'analogie avec le régime de Vienne étant incomplet à cet égard. Ainsi, il pourrait être occasionnellement nécessaire de reproduire textuellement certaines dispositions du projet d'articles sur la responsabilité des États.

28. À l'instar de M. Pellet, M. Kateka se demande pourquoi la question importante de la protection fonctionnelle, sur laquelle il a appelé l'attention du Groupe de travail et lors du débat sur la protection diplomatique, a été exclue du sujet. Enfin, il souligne que, s'il est souhaitable de faire preuve de flexibilité, la cohérence n'est pas à négliger non plus si l'on veut éviter d'aboutir aux conclusions apparemment contradictoires qui ont parfois caractérisé les travaux de la Commission dans le passé.

29. M. MOMTAZ se dit préoccupé par le fait que la question tout à fait d'actualité de la délégation de pouvoirs des organisations internationales aux organisations régionales n'est pas soulevée dans la section du rapport qui vise les questions liées à l'attribution. Il pense tout particulièrement à la délégation de pouvoirs coercitifs d'organisations universelles comme l'ONU. Un certain nombre de résolutions récentes du Conseil de sécurité autorisent des États et des organisations régionales à recourir à la force, comme l'illustre l'autorisation donnée d'intercepter des navires en haute mer pour faire exécuter un embargo. M. Momtaz demande au Rapporteur spécial si ces questions seront traitées au titre des questions liées à l'attribution.

30. M. GAJA (Rapporteur spécial et Président du Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales) dit qu'il aimerait préciser plusieurs points et dissiper certaines appréhensions suscitées par le rapport du Groupe de travail. La question de l'autorisation de recourir à la force et de la délégation de pouvoirs aux États, soulevée par M. Momtaz, devra être examinée en temps opportun. Il est difficile d'affirmer que le comportement d'organes de l'État, autorisés ou non, est imputable à l'organisation internationale. La question de savoir si l'organisation internationale partage la responsabilité du comportement illicite a été abordée, peut-être trop superficiellement, dans la section 4 du rapport, dans laquelle la question posée par M. Momtaz devrait peut-être être traitée. Puisque le comportement ne peut être attribué à l'organisation internationale, le chapitre IV de la première partie du projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite ne s'étendrait pas aux cas analogues à ceux susceptibles de se produire dans les relations entre organisations internationales et États.

31. La question de la protection fonctionnelle n'a pas été définitivement exclue du sujet, mais simplement reportée pour examen à un stade ultérieur. Le Rapporteur spécial est personnellement d'avis que l'on ferait mieux de l'examiner à part. Si, suivant la structure des articles sur la responsabilité des États, la Commission décide finalement de prévoir une troisième partie traitant de la mise en œuvre, il faudra traiter de la protection fonctionnelle, même brièvement.

32. Pour ce qui est des observations de M. Pellet, le Rapporteur spécial regrette toute erreur de traduction de la version anglaise originale du rapport, dont cependant le Groupe de travail n'est pas responsable. Nulle part dans le rapport il n'est proposé de faire des renvois au projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. La conclusion énoncée au paragraphe 12 était que le nouveau texte devrait être expressément autonome par rapport aux articles sur la responsabilité des États. Lorsque rien de particulier ne différencie les organisations internationales des États, il sera possible de dire que les mêmes règles que celles applicables aux États s'appliqueront, sans identifier spécifiquement les règles en question, qu'elles soient tirées des articles sur la responsabilité des États ou d'autres sources. Quant à l'expression employée au paragraphe 20, « la renonciation comme expression du consentement », elle rend l'idée que la renonciation unilatérale est l'un des deux modes d'expression possibles du consentement, l'autre étant l'accord, et ce consentement est considéré comme une circonstance qui exclut l'illicéité.

33. S'agissant de la question de la dissolution des organisations internationales, le Rapporteur spécial dit que la succession d'une organisation internationale est habituellement réglementée par le traité portant création de la nouvelle organisation. Il est intéressant de noter que, lorsque la Commission s'est penchée sur diverses questions concernant la succession des États, il n'a pas été proposé qu'elle étudie également la succession des organisations internationales. Dans la mesure où il

existe des règles générales relatives à la succession des organisations internationales, on pourrait en déduire que la nouvelle organisation internationale sera la débitrice à laquelle les créanciers pourront s'adresser. Il doute qu'il soit justifié que la Commission pénètre plus avant dans cette question complexe, d'autant que la plupart de ces problèmes sont traités soit dans des accords entre États, soit en vertu de l'acceptation de la succession et de la prise en charge par la nouvelle organisation de la responsabilité des dettes éventuelles.

34. Se référant au paragraphe 9, le Rapporteur spécial dit que, vu la grande diversité des organisations internationales, la nature des relations entre l'organisation respective et ses États membres peut aussi différer considérablement, ce qui ne manquera pas de se répercuter sur les règles applicables. Une organisation telle que la Force multinationale et d'observateurs créée par l'Égypte et Israël suite aux Accords de Camp-David[3] est, malgré sa personnalité morale, très difficile à traiter isolément de ses États membres. Le but du paragraphe 9 est de signaler qu'il sera peut-être nécessaire d'appliquer des règles spécifiques à différentes catégories d'organisations, selon la nature des relations entretenues avec les États membres.

35. Quant à la question des relations entre une organisation internationale et ses fonctionnaires et de la jurisprudence des tribunaux administratifs, elle ne sera normalement pas considérée comme relevant du sujet de la responsabilité des organisations internationales et le Groupe de travail n'a pas envisagé de traiter des questions de fond concernant la nature de ces relations. Cependant, la jurisprudence des tribunaux administratifs pourra s'avérer d'une certaine utilité à la Commission pour savoir s'il faut établir un principe de droit général ou permettre à la Commission d'établir des analogies. À cet égard, le Rapporteur spécial serait heureux que les membres de la Commission portent à son attention toute pratique ou élément d'information pertinent dont ils auraient connaissance. Il serait aussi utile que ceux des membres qui entretiennent des contacts personnels avec telle ou telle organisation internationale l'encouragent à coopérer activement avec la Commission pour faciliter ses travaux sur le sujet.

36. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'entend pas d'objections, il considérera que la Commission adopte le rapport du Groupe de travail.

37. M. PELLET dit que, s'il n'a pas d'objections à l'adoption du rapport, il voudrait néanmoins savoir s'il sera fait état des observations qui ont pu être faites à ce sujet en plénière dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur ses travaux à sa cinquante-quatrième session. Au cas où ses propres observations n'y seraient pas reflétées, il serait obligé de faire modifier le rapport en conséquence.

38. Le PRÉSIDENT dit que le rapport du Groupe de travail peut être adopté ou rejeté, mais non modifié en plénière. Il sera tenu définitivement compte des observations qu'il a suscitées dans les comptes rendus analytiques.

39. M. PELLET dit que la section consacrée au rapport du Groupe de travail dans le chapitre sur la responsabilité des organisations internationales devrait, comme les autres chapitres du rapport de la Commission, refléter aussi les points de vue exprimés aux séances plénières de la Commission.

40. M. MIKULKA (Secrétaire de la Commission) dit que, chaque fois que la Commission examine le rapport d'un rapporteur spécial, le rapport de la Commission contient un résumé analytique reflétant les points de vue sur le sujet. Dans le passé, lorsque la Commission débattait du rapport d'un groupe de planification, comité de rédaction, groupe de travail ou d'étude, son rapport faisait clairement état de l'examen du rapport de cet organe, ainsi que des dates et du nombre des séances qui lui avaient été consacrées. Tous ces éléments fournissaient au rapporteur spécial, au grand public et aux gouvernements suffisamment de données pour retrouver les observations faites sur le rapport en question. La Commission n'avait pas pour pratique de rédiger un résumé analytique des vues exprimées lors du débat sur le rapport du rapporteur spécial.

41. M. PELLET dit que, si la pratique semble raisonnable dans le cas des rapports du Comité de rédaction sur des textes adoptés en première lecture, puisque les points de vue exprimés sont reflétés dans le commentaire, elle semble tout à fait déraisonnable dans le cas des rapports des groupes de travail : une telle pratique suscitera immanquablement des demandes de correction du rapport de la part des membres de la Commission. Quelle que fût la pratique naguère, M. Pellet s'oppose à ce qu'elle se poursuive.

42. Le PRÉSIDENT dit qu'il sera fait état du point de vue de M. Pellet dans le rapport de la Commission lorsqu'elle adoptera le chapitre de son rapport consacré au sujet à l'examen. S'il n'entend pas d'autres objections, il considérera que la Commission adopte le rapport du Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 12 h 15.

2741e SÉANCE

Mardi 6 août 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Candioti, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Ke-

[3] Accord-cadre pour l'établissement de la paix au Moyen-Orient conclu à Camp-David, signé à Washington le 17 septembre 1978, Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1138, nº 17853, p. 39.

micha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue.

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international (A/CN.4/L.628 et Corr.1[1])

[Point 8 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE

1. Le PRÉSIDENT invite le Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international à présenter le rapport du Groupe d'étude.

2. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) rappelle qu'au cours du dernier quinquennat de la Commission le Groupe de travail chargé du programme de travail à long terme avait estimé que la fragmentation du droit international pourrait constituer un sujet d'étude pour la Commission. M. Gerhard Hafner a été chargé d'effectuer une étude de faisabilité sur ce sujet. Il a présenté, au cours de la cinquante-deuxième session de la Commission (2000), un document qui a servi de base pour l'examen de la question à la session en cours[2].

3. Le Groupe d'étude, auquel participaient la majorité des membres de la Commission, s'est réuni quatre fois au cours de la session. Son rapport est formé de deux parties : un résumé des débats et une série de recommandations. L'une des questions fondamentales que les membres du Groupe se sont posées était de savoir si le sujet de la fragmentation du droit international se prêtait à une étude par la Commission. Ils se sont aussi interrogés sur la portée précise de ce sujet et sur l'approche à adopter; toutefois, ils se sont finalement déclarés favorables à son examen, considérant qu'il s'agissait là d'un domaine dans lequel la Commission pouvait donner des indications utiles, du moins sur certains aspects.

4. Les membres du Groupe ont admis d'emblée que ce sujet était par nature différent des autres et pouvait nécessiter une approche originale. Les membres ont toutefois noté que la fragmentation n'était pas une chose nouvelle, car le droit international est en réalité le droit d'un monde fragmenté. Sa fragmentation est aussi la conséquence naturelle de son développement, dans des domaines parfois entièrement nouveaux. Le Groupe d'étude a donc estimé que la Commission ne devait pas envisager la fragmentation comme un phénomène nouveau, car elle risquerait ce faisant de perdre de vue les mécanismes existants que le droit international a jusque-là mis en place pour faire face aux problèmes découlant de cette fragmentation.

5. Le Groupe d'étude a également jugé important de mettre en lumière les aspects positifs de la fragmentation, qui peut être considérée comme un signe de vitalité du droit international. La prolifération de règles, de régimes et d'institutions et la diversité accrue d'opinions ne sont pas nécessairement une mauvaise chose et signifient au contraire que le champ du droit international s'élargit.

6. S'agissant des questions de procédure, les membres du Groupe se sont demandé si le sujet relevait véritablement du mandat de la Commission et si celle-ci devrait, avant d'en entreprendre l'examen, solliciter l'approbation de la Sixième Commission. Mais ils ont conclu que cette approbation pourrait être obtenue sans problème.

7. La question du titre à donner au sujet a suscité un abondant débat car il est apparu que l'intitulé du rapport de M. Hafner « Les risques que pose la fragmentation du droit international » donnait à la question un éclairage trop négatif. Le terme « fragmentation » dénotait certaines conséquences indésirables de l'expansion du droit international, auxquelles la Commission devrait s'attacher à remédier. Cette entreprise justifiait son examen du sujet.

8. La question de la méthodologie a également donné lieu à de longues discussions. On est convenu que le sujet ne se prêtait pas à une codification sous la forme traditionnelle d'un projet d'articles, rédigé par un rapporteur spécial et assorti de commentaires. Plusieurs membres ont suggéré d'axer les travaux sur certains thèmes spécifiques et de recenser les domaines dans lesquels des règles de droit international étaient en conflit afin de trouver si possible des solutions à ces conflits. À l'opposé, certains membres ont proposé une approche plus « exploratoire » dans laquelle on se contenterait de reconnaître, à ce stade, l'importance de la fragmentation en tant que problème de droit international, sans vouloir aussitôt définir des méthodes de travail ou rechercher des résultats précis.

9. Les membres du Groupe ont recensé plusieurs domaines que la Commission devrait s'abstenir d'étudier comme, par exemple, la question de la création d'institutions judiciaires internationales et de la relation entre ces institutions. Ils ont néanmoins considéré que, dans la mesure où les mêmes règles ou des règles similaires du droit international pouvaient être appliquées différemment par des institutions judiciaires, il convenait d'étudier les problèmes posés par ces divergences. Les membres sont aussi tombés d'accord sur le fait qu'il n'était pas approprié d'établir des analogies avec les systèmes de droit interne, car cela introduirait une hiérarchie qui n'existait pas dans l'ordre juridique international et ne devait pas être plaquée sur celui-ci. En droit international, comme chacun sait en effet, il n'y a pas d'organe de dernier recours chargé de régler les conflits. On est également convenu que la Commission ne devait pas s'immiscer comme arbitre dans les relations entre institutions, même si elle pouvait utilement s'intéresser aux problèmes de communication entre ces institutions.

10. Sur le plan pratique, plusieurs membres ont suggéré que la Commission organise, au début de chacune de ses sessions annuelles, un séminaire qui aurait pour but de passer en revue la pratique des institutions internationales et des États et d'en promouvoir éventuellement

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (2e partie), chap. IX, sect. C, p. 102.

[2] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (2e partie), annexe, point 5, p. 150.

l'harmonisation en favorisant le dialogue. D'autres ont même proposé d'aller encore plus loin dans cette voie en organisant des réunions plus institutionnalisées et périodiques comme il en existait déjà certains exemples : il a notamment été fait référence à cet égard à la réunion des présidents des organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme et à la réunion annuelle des conseillers juridiques nationaux à l'Organisation des Nations Unies. Une autre suggestion a été d'établir un questionnaire qui servirait à guider des recherches sur les mécanismes de coordination existants.

11. Pour ce qui est du résultat final des travaux de la Commission et bien qu'il soit un peu trop tôt pour se prononcer à ce sujet, on est convenu qu'il faudrait rédiger un rapport d'étude ou de recherche, sans toutefois s'entendre sur la forme ou la portée précise d'un tel rapport.

12. Passant ensuite à la deuxième partie du rapport intitulée « Recommandations », M. Simma indique tout d'abord qu'à la lumière des débats qui ont eu lieu concernant l'intitulé du sujet et la connotation négative attachée au terme « fragmentation » il a été proposé d'adopter le titre « Difficultés découlant de la diversification du droit international ». Certains membres du Groupe se sont aussi prononcés en faveur de la variante : « Difficultés découlant de l'expansion et de la diversification du droit international ».

13. Sur le fond, le Groupe d'étude recommande qu'une série d'études sur des aspects précis du sujet soit entreprise et présentée à la Commission pour examen et suite à donner. Le but de ces études serait d'aider les magistrats internationaux et les praticiens à faire face aux conséquences de la diversification du droit international.

14. Le Groupe d'étude a retenu cinq grands thèmes d'étude qui ont en commun d'être tous des sujets sur lesquels la Commission a déjà travaillé peu ou prou et a, ce faisant, laissé des aspects encore inexplorés, ou mis au jour des problèmes nouveaux. L'idée serait de fournir une « boîte à outils », un ensemble de suggestions et de moyens pratiques pour résoudre les problèmes résultant des incompatibilités et des conflits pouvant exister entre les normes et les régimes en vigueur. Les thèmes d'étude retenus sont énumérés aux alinéas *a* à *e* du paragraphe 21 du rapport du Groupe d'étude. Le thème qu'il est proposé d'étudier en premier est intitulé « La fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des "régimes autonomes" ». Ces aspects sont intéressants car aussi bien la *lex specialis* que les « régimes autonomes » tendent à apporter une réponse toute faite aux problèmes de conflits de loi en créant en quelque sorte des champs « indépendants » échappant aux règles communes du droit international. Cette étude pourrait être soumise à la Commission à sa prochaine session.

15. Les autres thèmes d'étude sont les suivants : « L'interprétation des traités à la lumière "de toute règle pertinente de droit international applicable dans les relations entre les parties" » (alinéa *c* du paragraphe 3 de l'article 31 de la Convention de Vienne de 1969) dans le contexte de l'évolution générale du droit international et des "préoccupations actuelles de la communauté des nations" » (cette formule étant tirée de l'affaire relative à la prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes portée devant l'Organe d'appel de l'OMC); « L'application de traités successifs portant sur la même matière (article 30 de la Convention de Vienne de 1969) »; « La modification des traités multilatéraux dans les relations entre certaines parties seulement (article 41 de la Convention de Vienne sur le droit des traités) »; et « La hiérarchie des normes en droit conventionnel : *jus cogens*, obligations *erga omnes*, Article 103 de la Charte des Nations Unies, en tant que règles de conflit ». Bien que le *jus cogens* et les obligations *erga omnes* aient déjà fait l'objet de nombreuses études, l'idée serait, dans le contexte à l'examen, de considérer ces « super-règles » comme des règles permettant de résoudre les conflits entre différents systèmes.

16. Le rapport du Groupe d'étude étant ainsi présenté, il appartient maintenant à la Commission d'en débattre, et de le modifier le cas échéant pour pouvoir l'adopter et l'incorporer dans son propre rapport à l'Assemblée générale.

17. M. KATEKA, louant la clarté du rapport du Groupe d'étude, regrette cependant qu'il ne définisse pas le mot « fragmentation », auquel lui-même n'était pas opposé. Comme on l'a souligné dans le rapport, la fragmentation n'est pas un phénomène nouveau et dénote une diversité accrue d'opinions et un système polycentrique qui ont à son sens des aspects positifs. Cela dit, le nouveau titre contenu dans les recommandations du Groupe d'étude semble plus approprié que celui proposé par M. Hafner. M. Kateka n'est pas en revanche favorable à l'introduction du mot « expansion ».

18. En ce qui concerne la méthodologie et la présentation des travaux du Groupe d'étude, une méthode évolutive serait, à son avis, la plus adaptée. À cet égard, la Commission ne devrait peut-être pas décider « a priori » de ne pas étudier les risques découlant de la prolifération des institutions judiciaires internationales. En revanche, il serait sage de renoncer à établir des analogies avec les systèmes de droit interne, compte tenu de l'absence de hiérarchie dans les systèmes de droit international.

19. Pour ce qui est des résultats des travaux de la Commission, il convient de se montrer circonspect car il s'agit là d'un sujet inhabituel dont on ne verra les ramifications qu'au fur et à mesure que ces travaux avanceront.

20. Sur le plan pratique, M. Kateka dit ne pas être opposé à l'idée générale d'organiser des séminaires, mais il ne lui semble pas indispensable d'en tenir un à chaque session annuelle de la Commission. Il approuve par ailleurs les sujets d'étude définis par le Groupe ainsi que l'approche de la « boîte à outils » pour résoudre les problèmes pratiques. Toutefois, en ce qui concerne le deuxième sujet, il n'est pas convaincu qu'il soit nécessaire de faire référence, dans son intitulé, à l'affaire relative à la *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* portée devant l'Organe d'appel de l'OMC; une telle référence n'a pas sa place dans un titre. Il regrette aussi que, dans la liste des sujets, on n'ait pas retenu l'étude des traités d'extradition et des normes relatives aux droits de l'homme mentionnées dans le projet de rapport initial du Groupe d'étude. Ces sujets illustrent bien, en effet, l'action de « recentrage » du droit international.

21. Malgré ces quelques remarques, M. Kateka est pleinement favorable à l'adoption du rapport du Groupe d'étude.

22. M. FOMBA dit que le Groupe d'étude s'est acquitté avec succès de sa mission et qu'il fait siennes, dans une large mesure, ses conclusions préliminaires. Il partage notamment l'idée que le sujet étudié relève du mandat de la Commission et que l'étude devrait viser à pallier les conséquences indésirables de l'expansion du droit international dans de nouveaux domaines.

23. Pour ce qui est des méthodes, il est évident que le sujet ne se prête pas à une codification sous la forme traditionnelle d'un projet d'articles. Cela dit, M. Fomba préfère une approche thématique ciblée à une approche plus générale et exploratoire. S'agissant des domaines que la Commission devrait exclure du champ de l'étude, il partage globalement l'approche adoptée par le Groupe d'étude mais se demande toutefois s'il faut rejeter totalement les analogies avec les systèmes de droit interne. En tout état de cause, la Commission devrait se montrer très prudente dans ce domaine. Par ailleurs, il n'est pas certain que la proposition tendant à ce que les questions touchant l'application du droit international soient exclues de l'étude du sujet soit entièrement pertinente au regard de l'objet même de l'étude, à savoir régler les problèmes concrets découlant des incompatibilités et des conflits entre les divers normes et régimes juridiques existants.

24. En ce qui concerne les résultats possibles des travaux de la Commission, M. Fomba ne voit pas d'inconvénient à ce que soient organisés des séminaires au début des sessions de la Commission ou des réunions plus institutionnalisées, dès lors que toutes ces initiatives viseraient le même objectif.

25. Enfin, M. Fomba approuve les cinq sujets que le Groupe d'étude recommande à la Commission d'étudier ainsi que la proposition tendant à ce que, dans un premier temps, le Président du Groupe d'étude entreprenne l'étude sur la fonction et la portée de la règle de la *lex specialis* et la question des « régimes autonomes ».

26. Mme ESCARAMEIA dit qu'elle approuve dans son ensemble le rapport du Groupe d'étude. Elle aurait toutefois souhaité voir figurer dans le titre du sujet le mot « expansion » qui aurait témoigné de la vitalité du droit international. Celui-ci couvre en effet aujourd'hui des situations qui relevaient auparavant du seul droit interne.

27. Elle se félicite par ailleurs qu'ait été ajoutée au paragraphe 14 une phrase précisant que, dans la mesure où les mêmes règles ou des règles similaires du droit international pouvaient être appliquées différemment par des institutions judiciaires, il convenait d'étudier les problèmes posés par ces divergences. Elle se félicite également que les paragraphes 21 et 22 du projet de rapport du Groupe d'étude aient été modifiés de façon à exposer clairement l'approche méthodologique qu'adoptera la Commission.

28. Si la Commission doit effectivement commencer par étudier les règles de fond et les relations entre les différents types de règles de fond, elle doit également, de l'avis de Mme Escarameia, examiner la question du contexte institutionnel de l'application de ces règles, et notamment chercher à savoir quels problèmes rencontrent dans ce domaine les organes existants, notamment les organes conventionnels, et quelles solutions ils mettent en œuvre pour les résoudre.

29. M. BROWNLIE félicite le Président du Groupe d'étude pour son rapport et se dit agréablement surpris par la rapidité avec laquelle ce rapport, qui reflète fidèlement les vues exprimées au sein du Groupe et est judicieusement rédigé de manière à ne pas heurter la Sixième Commission, a fait l'objet d'un consensus. Par ailleurs, il considère que le nouveau titre de l'étude est meilleur que le titre original, le mot fragmentation ayant une connotation négative même s'il est probable que l'on continue de l'utiliser par commodité.

30. Quant à l'idée de la « boîte à outils », elle est quelque peu terne mais cela permettra toutefois d'étudier les questions essentielles.

31. M. Brownlie regrette qu'il ne soit plus fait référence, au paragraphe 11 du rapport du Groupe d'étude, aux traités d'extradition et aux normes relatives aux droits de l'homme, car ce problème se trouve en fait au cœur de la fragmentation. On rappellera à ce propos qu'au Royaume-Uni, dans leur décision de 1999 en l'affaire Pinochet, les lords se sont prononcés par six voix contre une pour la levée de l'immunité du sénateur Pinochet, donnant ainsi la primauté au droit pénal international. Ils se sont protégés en disant que leur décision concernait un ancien chef d'État, mais il s'avère que tous leurs arguments s'appliqueraient aussi à un chef d'État en exercice. Il ressort de cette affaire qu'il existe une incompatibilité fondamentale entre la teneur actuelle du droit pénal international et celle du droit relatif à l'immunité des États et des chefs d'État. Il serait regrettable que la Commission ne mentionne pas un exemple aussi important de fragmentation.

32. S'agissant des régimes autonomes, la Commission doit faire preuve d'une très grande prudence et veiller à ne pas qualifier d'« autonomes » des régimes dont rien ne prouve qu'ils le soient. Cette remarque vaut notamment pour les droits de l'homme. M. Brownlie a eu l'occasion de travailler sur de nombreuses affaires relatives aux droits de l'homme concernant Chypre dont ont été saisies la Commission et la Cour européenne des droits de l'homme. La plupart des normes de protection des droits de l'homme relèvent évidemment du droit des traités, lequel fait partie intégrante du droit international général. Lorsque, dans les affaires susmentionnées, des questions incidentes portant, notamment, sur la qualité d'État ou la responsabilité de l'État ont été soulevées, elles ont été résolues non pas par référence à un régime autonome des droits de l'homme, mais par référence aux principes du droit général international relatifs à ces questions. Il existe certes des régimes autonomes et nombre d'entre eux sont des régimes de traités bilatéraux qui gouvernent les relations entre les États. Il convient de ne pas présumer qu'un régime est autonome. La Commission doit d'ailleurs expliciter le concept de régime autonome.

33. Dans les années 50 et au début des années 60, prendre la défense des droits de l'homme était considéré comme une attaque contre le système colonialiste dont les partisans parlaient d'ingérence dans les affaires intérieures

de l'État. La Grande-Bretagne et la France ont d'ailleurs mis du temps pour adhérer au système actuel européen de protection des droits de l'homme précisément à cause de la question coloniale. Les normes de protection des droits de l'homme ne relèvent pas de l'eurocentrisme, elles se sont développées dans le cadre du droit international général. Il faut donc veiller à ne pas parler de fragmentation là où elle n'existe pas. Si l'on accepte qu'il puisse être absolument nécessaire que l'optique droits de l'homme implique certaines approches particulières du droit international général, cela ne signifie pas que globalement les normes relatives aux droits de l'homme soient devenues un régime autonome.

34. M. GALICKI regrette, comme Mme Escarameia, que le nouveau titre de l'étude ne mentionne pas l'expansion du droit international. En effet, celui-ci s'étend aujourd'hui à de nouveaux domaines, que ce soit en matière sociale ou en matière de relations internationales. La Commission risque donc de perdre quelque chose en renonçant à étudier cette évolution.

35. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit ne pas se rappeler pourquoi, au paragraphe 11, la référence aux traités d'extradition et aux normes relatives aux droits de l'homme a été supprimée. Cela étant, il juge préférable, à l'étape actuelle du moins, de ne pas « politiser » l'étude en abordant des sujets qui risquent de susciter des controverses. Il admet que l'approche « boîte à outils » est quelque peu terne mais souligne qu'elle a l'avantage de permettre d'éviter ce type de controverses. Par exemple, il ne serait pas judicieux de commencer à examiner la fragmentation du droit international en abordant des sujets qui fâchent, par exemple la décision rendue en 2002 par la CIJ dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000* dans laquelle elle s'est clairement prononcée en faveur de la règle établie de longue date concernant l'immunité de juridiction pénale d'un ministre étranger. M. Simma ne choisirait pas d'emblée une telle approche car cela présuppose un choix de valeurs. La question est de savoir quelle valeur est accordée aux droits de l'homme dans la hiérarchie des valeurs. Dans un sens, ces questions pourraient relever du quatrième sujet d'étude proposé au paragraphe 21 *e* du rapport du Groupe d'étude. Il reste cependant préférable d'adopter une démarche pragmatique en commençant par examiner les questions techniques, de voir comment les choses évoluent et de laisser les questions sujettes à controverse pour une étape ultérieure.

36. S'agissant des régimes autonomes, M. Simma estime lui aussi qu'il ne faut pas présumer que tel ou tel régime est autonome, bien au contraire. L'idée selon laquelle les droits de l'homme constituent un tel régime repose sur une vision politique très spécifique des droits de l'homme, qui, heureusement, n'a pratiquement plus cours aujourd'hui, encore que dans certaines instances, notamment à l'OMC, d'aucuns estiment qu'il est déplacé de faire référence à la responsabilité de l'État dans ce domaine.

37. M. BROWNLIE précise que son observation au sujet du paragraphe 11 était qu'il aurait été bon que le rapport indique que certains membres avaient exprimé l'opinion en question. Il ne s'agissait pas d'une observation sur le fond.

38. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit qu'il est exact que certains membres ont évoqué les conflits pouvant exister entre les traités d'extradition et les normes relatives aux droits de l'homme et que l'on pourrait rajouter quelques mots au paragraphe 11 pour en faire état.

39. Le PRÉSIDENT dit que les membres pourront faire des propositions précises sur ce point lorsque la Commission adoptera le rapport du Groupe d'étude paragraphe par paragraphe.

40. M. KOSKENNIEMI rappelle que, lorsque la Commission a entamé l'étude du sujet, l'incertitude était considérable quant aux résultats des travaux. À la Sixième Commission, de nombreux orateurs ont exprimé à cet égard certaines craintes, estimant que le sujet était illimité, et craignant d'une part que la Commission n'aborde des problèmes touchant les aspects les plus importants de l'évolution politique et institutionnelle contemporaine et d'autre part qu'elle se livre à des débats académiques abstraits d'une utilité pratique douteuse. Le rapport du Groupe d'étude devrait dissiper ces craintes. La question de la diversification du droit international englobe certains des développements les plus intéressants et les plus importants dans le domaine du droit institutionnel international. La diversification du droit est certes technique mais elle reflète aussi et surtout des préférences politiques diverses. À cet égard, les préférences d'une organisation comme l'OMC ne sont pas celles d'un organe s'occupant des droits de l'homme, et celles des spécialistes du droit pénal international ne sont pas celles des généralistes de la CIJ. L'ambiguïté est de toute façon inhérente au sujet et le titre actuel établit un certain équilibre entre « positivistes » et « négativistes ». Certains membres de la Sixième Commission ont noté que la Commission du droit international représentait elle-même un aspect de la diversification de ce droit et ont dit craindre que la Commission ne se pose en une sorte de cour suprême qui arbitrerait les conflits institutionnels entre des institutions comme la CIJ, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et l'OMC. Ils craignaient en outre que la CDI se mêle de politique institutionnelle ou se lance dans des travaux abstraits interminables sur la hiérarchie des normes. Or les paragraphes 14 et 16 du rapport du Groupe d'étude indiquent clairement que la Commission n'entend pas se livrer à un exercice de politique institutionnelle, et le paragraphe 15 montre qu'elle n'entend pas non plus être une convention constitutionnelle qui établirait une hiérarchie permettant de régler les conflits entre, par exemple, spécialistes des droits de l'homme, spécialistes du droit commercial, spécialistes de l'immunité et généralistes. La Commission a choisi une approche consistant à fonder son travail dans ce domaine sur ses travaux antérieurs. Dans un sens, la Commission a pu se présenter à la communauté internationale comme la gardienne de la Convention de Vienne de 1969 et, étant à l'origine de cette convention, elle en est un peu la « marraine » et peut se prononcer sur son interprétation avec une certaine autorité. La plupart des sujets proposés au paragraphe 21 renvoient d'ailleurs à ce texte. Les études en question pourraient donner lieu à des directives ou autres recommandations.

41. La proposition faite au Groupe d'étude de mener une étude distincte sur les conflits d'interprétation pouvant apparaître dans la jurisprudence internationale n'a pas été retenue car la Commission n'est pas à même de définir une hiérarchie des valeurs susceptible de permettre de régler les différents conflits, et si l'alinéa *e* du paragraphe 21 du rapport prévoit qu'elle entend tout de même s'intéresser à la hiérarchie des normes, c'est uniquement en ce qui concerne les normes conventionnelles, donc dans un cadre limité.

42. En ce qui concerne la proposition de M. Kateka de supprimer la note de bas de page relative à l'alinéa *b* du paragraphe 21 du rapport, M. Koskenniemi pense que cette note est importante en ce qu'elle indique que la Commission se place dans une perspective technique et atténue le caractère quelque peu abstrait des mots placés entre guillemets à cet alinéa.

43. Pour ce qui est de l'observation faite par Mme Escarameia et M. Galicki, la notion d'expansion du droit international n'a pas été retenue pour trois raisons : la première est que ce terme renvoie à l'expansion du droit international à partir de l'Europe vers les autres régions, la deuxième est que le droit international a toujours été extrêmement vaste et que c'est son contenu qui a changé, et la troisième est que l'on ne peut dire sociologiquement qu'il y a expansion du droit international, celui-ci s'étant plutôt marginalisé. Il s'agit d'ailleurs d'un problème auquel la Commission devrait s'attaquer.

44. Enfin, on pourrait, comme l'a suggéré M. Brownlie, indiquer dans le résumé des débats que certains membres ont évoqué les conflits existants entre diverses normes. Quant aux régimes autonomes, rien dans le rapport n'en postule l'existence ni n'indique qu'il devrait en exister. Les régimes de ce type devraient demeurer une exception.

45. M. SEPÚLVEDA dit que le titre du sujet a le défaut de mettre trop l'accent sur les aspects négatifs de la diversification du droit international, même si les aspects positifs de ce phénomène sont brièvement évoqués au paragraphe 7 du rapport du Groupe d'étude. L'un des objectifs de la série d'études recommandées au paragraphe 21 devrait pourtant être de trouver des solutions à certains problèmes que pose cette diversification. Il serait donc souhaitable de faire une place dans le titre du sujet à la notion d'intégration, qui est l'opposé de la fragmentation.

46. M. KATEKA dit que, contrairement à ce qu'a compris M. Koskenniemi, il a proposé de supprimer, outre la note de bas de page, tout ce qui suit les mots « l'évolution générale du droit international », cela afin de préserver l'uniformité du rapport et de lui ôter toute connotation eurocentrique.

47. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO dit qu'il approuve le rapport d'une manière générale et qu'il souscrit à la modification apportée au titre de celui-ci. Expansion et diversification sont deux choses différentes, et si l'on parle d'un élargissement, il s'agit d'un élargissement thématique et non territorial. Si, comme il est dit au paragraphe 14 du rapport, la Commission ne doit pas étudier la relation entre les institutions judiciaires internationales, elle ne peut néanmoins passer sous silence l'incidence des décisions judiciaires sur le droit international.

48. M. Rodríguez Cedeño souscrit à la proposition d'organiser un séminaire sur le sujet qui figure au paragraphe 17 du rapport. Le sujet est certes académique mais il a des conséquences pratiques et il est dit fort justement au paragraphe 21 que l'objet des études proposées doit être d'aider les magistrats internationaux et les praticiens à faire face aux conséquences de la diversification du droit international.

49. En ce qui concerne le titre, le terme « difficultés » a une connotation trop négative et peut-être serait-il préférable de le remplacer par « conséquences » ou « incidences » de la diversification du droit international.

50. Par ailleurs, il conviendrait de dire au paragraphe 6, à propos de l'accroissement de la fragmentation du droit international, que celui-ci a son origine dans l'intensification des relations internationales. M. Rodríguez Cedeño indique qu'il fera une proposition précise lorsque la Commission adoptera le rapport.

51. Pour ce qui est de la méthodologie, il n'est pas douteux qu'ainsi qu'il est dit au paragraphe 10 du rapport le sujet ne se prête pas à codification. Quant aux trois aspects de l'entreprise évoqués aux paragraphes 11 et 12, ils doivent être conçus comme complémentaires. En conclusion, M. Rodríguez Cedeño indique qu'il appuie les recommandations du Groupe d'étude qui figurent au paragraphe 21.

52. M. Sreenivasa RAO estime que la fragmentation du droit international est un sujet actuel dont l'étude est des plus opportunes et qui présente un intérêt non seulement technique mais aussi concret. En effet, sans même songer aux cas où les règles du droit international sont effectivement fragmentées, les attentes des États et des peuples à l'égard du droit international varient considérablement et sont donc fragmentées elles aussi.

53. Si l'on se propose d'aborder l'examen de la diversification du droit international et les difficultés qui en découlent, il convient de se poser quelques questions. Ainsi, quel est l'objectif précis de l'étude ? S'agit-il, pour la Commission, d'étudier la diversification du droit international pour voir en quoi elle affecte son mandat ou faut-il plutôt s'intéresser aux possibilités et aux perspectives de développement et de codification du droit qu'ouvre cette fragmentation ? M. Sreenivasa Rao considère qu'il importe d'éclaircir ce point. De même, en ce qui concerne les sujets d'étude possibles proposés au paragraphe 21 du rapport du Groupe d'étude, quel pourrait être le fil conducteur qui les lie les uns aux autres ?

54. M. Sreenivasa Rao s'interroge également au sujet du séminaire dont l'organisation est proposée au paragraphe 17 du rapport. Il se demande ainsi quel serait le rôle exact de la Commission, où se tiendrait le séminaire et qui en assumerait les frais. Il lui semble que l'analogie avec les organes créés en vertu d'instruments relatifs aux droits de l'homme n'est pas pertinente car, contrairement aux institutions qui participeraient à un séminaire sur la fragmentation du droit international, ces organes ont une vocation commune.

55. Enfin, M. Sreenivasa Rao rappelle que la Commission rend compte à la Sixième Commission de l'Assemblée générale. Il faut donc qu'elle sache avec exactitude la manière dont elle présentera l'étude du sujet à cette dernière, dont elle recevra en retour des orientations utiles pour ses travaux.

56. M. MOMTAZ, se référant tout d'abord à la première partie du rapport, dit que, s'il se réjouit de voir que le problème de la fragmentation résultant de la jurisprudence des institutions judiciaires internationales est posé au paragraphe 14 du rapport, il lui semble que l'explication fournie dans la deuxième phrase n'est pas assez claire. En effet, il importe de distinguer, à son avis, entre deux cas de figure différents.

57. La première situation est celle où les institutions judiciaires appliquent des règles différentes du droit international pour régler une question identique. Ainsi, s'agissant de l'attribution d'un acte à l'État, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et la CIJ se sont fondés sur des critères différents.

58. La deuxième situation concerne les divergences existant entre les tribunaux sur le plan de la qualification des règles de droit. Là encore, la jurisprudence du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et celle de la CIJ diffèrent. En ce qui concerne la protection de l'environnement, par exemple, le Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie a considéré que la règle applicable relevait de la coutume, tandis que la CIJ a jugé qu'il s'agissait d'une règle conventionnelle.

59. Passant ensuite au paragraphe 21 du rapport, M. Momtaz fait observer que le sujet d'étude proposé à l'alinéa *e* (la hiérarchie des normes en droit conventionnel) porte en fait sur le problème de la qualification de la règle, qui peut changer d'un tribunal à l'autre.

60. M. Momtaz propose donc de modifier le libellé du paragraphe 14, de manière à clarifier le sens de l'alinéa *e* du paragraphe 21.

61. M. ADDO dit qu'il préférerait, contrairement à ce que le Groupe d'étude a indiqué au paragraphe 9 de son rapport, que le terme « fragmentation » soit maintenu dans l'intitulé du sujet. Non seulement ce terme retient davantage l'attention que ceux qui ont été proposés pour le remplacer, mais il correspond mieux à la réalité. M. Addo ne voit pas en quoi le maintien de ce terme risquerait de donner une perspective trop négative à l'étude. Et si aspects négatifs il y a, c'est à la Commission de déterminer et de décrire dans le texte qu'elle adoptera ce qu'il convient de faire pour y faire face. De plus, le terme figurait dans le titre sous lequel la Sixième Commission a approuvé l'étude du sujet[3].

62. Enfin, M. Addo demande à M. Koskenniemi ce qu'il veut dire lorsqu'il qualifie la Commission de marraine des Conventions de Vienne.

63. M. MANSFIELD fait observer, ainsi que l'a expliqué le Président du Groupe d'étude, que le sujet de la fragmentation du droit international se distingue de ceux que la Commission a abordés par le passé. Il n'est pas nécessaire d'avoir au départ une méthodologie pleinement élaborée ou un résultat final parfaitement clair avant d'engager les travaux. Une démarche plus exploratoire est indiquée, mais, avant tout, le travail doit avoir une utilité pratique et être en prise avec l'actualité. C'est pourquoi M. Mansfield souscrit à l'approche « boîte à outils » qui est préconisée dans le rapport.

64. M. KOSKENNIEMI, répondant à la question de M. Addo, dit qu'il a parlé du rôle de marraine de la Commission à l'égard des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, car d'aucuns pourraient se demander pourquoi elle s'arroge le droit de s'attaquer au problème de la fragmentation du droit international. Or, le fait que la Commission a élaboré le texte des Conventions est l'une des raisons pour lesquelles des sujets comme celui des réserves aux traités lui ont été attribués. On pourrait dire qu'elle est la gardienne des Conventions.

65. M. KAMTO, s'associant à M. Addo, dit qu'il faut maintenir l'intitulé initial du sujet, et ce, pour des raisons à la fois pratiques et conceptuelles. En effet, si l'on évacue le terme, on vide en quelque sorte le sujet de son sens. La Commission ne devrait pas être hantée par le caractère négatif du terme, auquel on peut d'ailleurs remédier en en donnant une bonne définition dans le corps du texte. En revanche, M. Kamto se dit sensible à l'argument de M. Rodríguez Cedeño et serait d'accord pour que l'étude s'intitule « Conséquences de la fragmentation du droit international ».

66. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à penser aux modifications de forme qu'ils souhaiteraient proposer au texte du rapport en prévision de son examen paragraphe par paragraphe à la séance suivante.

67. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) demande aux membres de la Commission de réfléchir aux questions qu'ils pourraient poser à la Sixième Commission.

La séance est levée à 12 h 45.

---

[3] Résolution 55/152 du 12 décembre 2000, par. 8.

2742e SÉANCE

Mercredi 7 août 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda,

M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue.

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international *(fin)* [A/CN.4/L.628 et Corr.1[1]]

[Point 8 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE D'ÉTUDE *(fin)*

1. M. NIEHAUS rappelle qu'à la séance précédente il a été suggéré d'incorporer dans le rapport les questions relatives au sujet de la fragmentation du droit international afin que la Sixième Commission les examine à sa prochaine session. Il a trois questions à l'esprit.

2. La première question, la plus importante, est celle de savoir si les États considèrent que le sujet se prête à un examen par la Commission ou qu'il se situe en dehors de son mandat. Au paragraphe 8 de son rapport sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.628 et Corr.1), le Groupe d'étude lui-même a exprimé des doutes à ce propos, tandis qu'au paragraphe 10 il a indiqué que le sujet ne se prêtait pas à la codification sous la forme traditionnelle d'un projet d'articles. Même s'il est probable que la Sixième Commission sera d'avis que le sujet relève bien du mandat de la CDI, la question mérite d'être posée.

3. La deuxième question est celle de savoir si les États considèrent que la prolifération des institutions judiciaires élargit ou restreint leur liberté de choix de moyens pacifiques de règlement des différends. La troisième question concerne les solutions à appliquer en cas de conflits de jurisprudence.

4. M. AL-BAHARNA félicite le Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international pour son rapport complet et lucide. Aux termes de l'article premier de son statut, la Commission a essentiellement pour tâche de promouvoir la codification et le développement progressif du droit international. L'article 16 du statut expose la procédure à suivre pour atteindre cet objectif, à savoir élaborer des projets sur des sujets choisis et approuvés par l'Assemblée générale. L'article 17 dispose en outre que la Commission examine les plans et projets de conventions multilatérales émanant de membres de l'Organisation des Nations Unies, d'organes des Nations Unies et d'autres organes officiels. En revanche, comme il ressort du rapport du Groupe d'étude, la Commission, en ce qui concerne la réalisation de travaux de recherche sur le droit international, a une expérience plutôt limitée.

5. Dans son étude de faisabilité intitulée « Les risques que pose la fragmentation du droit international »[2], base du rapport en question, M. Gerhard Hafner a été d'avis que, dans la mesure où la fragmentation du droit international risquait de mettre en péril sa stabilité, sa cohérence et son exhaustivité, il relevait de la mission assignée à la Commission de s'atteler à ces problèmes et de rechercher les moyens de parer aux effets préjudiciables que la fragmentation peut avoir. Mais il s'agit là de l'opinion de M. Hafner et il n'en demeure pas moins que les travaux de recherche envisagés dans le rapport du Groupe d'étude ne relèvent pas expressément du mandat de la Commission tel qu'il est énoncé à l'article premier de son statut.

6. À l'appui de son opinion selon laquelle la Commission pourrait établir un rapport dans lequel elle signalerait et définirait les problèmes liés à la fragmentation en vue de sensibiliser les États à cette question, M. Hafner s'est référé à un rapport du secrétariat citant deux cas isolés qui pourraient servir de précédents. Dans le cadre de ses travaux sur les traités à ses troisième et quinzième sessions, en 1951 et 1963, la Commission, s'écartant de sa pratique habituelle consistant à élaborer des projets d'article, a élaboré des études assorties de conclusions[3]. Cependant, ces exceptions ne doivent pas être considérées comme des précédents autorisant la Commission à entreprendre une étude qui ne cadrerait pas avec ses objectifs et sa mission.

7. M. Al-Baharna partage l'opinion exprimée au paragraphe 8 du rapport du Groupe d'étude selon laquelle l'examen de la question nécessite l'autorisation expresse de la part de la Sixième Commission. En revanche, il approuve l'idée énoncée au paragraphe 17 d'organiser un séminaire sur la fragmentation, dont l'objet serait d'obtenir un aperçu de la pratique des États et d'offrir un cadre pour le dialogue et, éventuellement, l'harmonisation. La question pourrait également être examinée aux réunions annuelles de l'Assemblée générale des conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères.

8. M. Al-Baharna souligne qu'il est dit au paragraphe 19 qu'il n'y a pas encore eu d'accord sur la forme ou la portée précise d'un rapport sur le sujet et estime que la recommandation formulée au paragraphe 21 tendant à entreprendre une série d'études sur des aspects précis du sujet est prématurée. En effet, ce travail prendrait beaucoup de temps et il vaudrait mieux que la Commission se concentre sur des sujets relevant de son mandat qui ont été approuvés par la Sixième Commission à la cinquante-sixième session de l'Assemblée générale, en 2001[4], et figurent dans son programme de travail à long terme, comme la responsabilité des organisations internationales et les ressources naturelles partagées. Il est indiqué au paragraphe 122 du résumé thématique, établi par le Secrétariat, du débat tenu par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa cinquante-sixième session (A/CN.4/521) que de nombreuses délégations se sont déclarées d'avis de donner la priorité à ces sujets.

9. Au paragraphe 21 du rapport, il est dit que les études proposées auraient pour objet d'aider les magistrats internationaux et les praticiens à faire face aux conséquences de la diversification du droit international.

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (2e partie), chap. IX, sect. C, p. 102.

[2] Voir 2741e séance, note 2.

[3] *Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa troisième session du 16 mai au 27 juillet 1951, Documents officiels de l'Assemblée générale, sixième session, Supplément no 9*, doc. A/1858, chap. II, p. 3 à 9, et *Annuaire... 1963*, vol. II, doc. A/5509, par. 18 à 50, p. 227 à 233.

[4] Résolution 56/82 de l'Assemblée générale.

Les juges de la CIJ n'ont certainement pas besoin que la Commission leur donne des directives à ce sujet, et sont à n'en pas douter bien placés pour résoudre les conflits de règles de droit international et les problèmes qui en découlent. M. Hafner lui-même a cité, dans son étude de faisabilité (sect. F), M. Schwebel, ancien président de la CIJ, qui avait suggéré, pour réduire le risque d'interprétations contradictoires du droit international, d'habiliter les tribunaux internationaux à demander à la Cour des avis consultatifs sur les points de droit international présentant de l'importance pour l'unité du droit international. De l'avis de M. Al-Baharna, les difficultés liées à la diversification du droit international tiennent à la pratique des États, en ce sens que les règles du droit international sont appliquées de manière à servir les intérêts des États, ce qui pose un problème ne relevant pas du droit mais de l'éthique.

10. M. Al-Baharna estime que la Commission devrait parrainer la publication d'un recueil d'articles sur la fragmentation ou la diversification du droit international, auquel ses membres pourraient contribuer. Elle a déjà dans le passé publié un ouvrage similaire, sous la direction de M. Pellet. Enfin, il faut espérer que la candidature de M. Simma à la CIJ n'interférera pas avec la tâche qui lui a été confiée d'entreprendre une étude sur la règle de la *lex specialis*, comme cela est indiqué au paragraphe 22 du rapport du Groupe d'étude.

11. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en tant que membre de la Commission, dit que le développement progressif du droit international ne consiste pas simplement à élaborer des traités reformulant le droit d'une manière nouvelle ou socialement plus acceptable : il recouvre également toutes sortes de préoccupations concernant la manière dont le droit est appliqué et les moyens d'améliorer le fonctionnement des systèmes juridiques. Il ne voit pas comment on pourrait soutenir que le sujet ne relève pas du mandat de la Commission, étant donné que l'Assemblée générale, au paragraphe 8 de sa résolution 55/152, a pris note du programme de travail à long terme de la Commission, lequel inclut le sujet des risques que pose la fragmentation du droit international. En revanche, il admet que le sujet comporte des aspects sensibles qu'il faudra traiter avec prudence.

12. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international), résumant le débat, dit qu'il a été décidé de supprimer la référence à l'affaire de la *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* figurant à l'alinéa *b* du paragraphe 21 du rapport du Groupe d'étude, de même que la note de bas de page qui lui est associée. Par contre, une référence au conflit particulier entre normes relatives aux droits de l'homme et traités d'extradition sera réintroduite. Il a été suggéré d'ajouter le mot « expansion » dans le nouveau titre de l'étude, qui se lit donc désormais comme suit : « Difficultés découlant de l'expansion et de la diversification du droit international ». Un membre a estimé que le mot « difficultés » était indûment négatif et a suggéré de le remplacer par « conséquences ».

13. Plusieurs membres ont critiqué l'idée d'organiser un séminaire, en raison du coût que cela représenterait pour l'Organisation, des communications à prévoir, etc., mais cette idée est simplement mentionnée dans le résumé des débats, et non dans les recommandations du Groupe. Si la Commission souhaite ultérieurement organiser un séminaire, elle pourra le faire. Un membre a été d'avis que les paragraphes 4 à 7, qui traitent du phénomène de la fragmentation, ne développaient pas suffisamment les aspects positifs de celle-ci, notamment l'intégration.

14. M. Niehaus a proposé de faire état dans le rapport de certaines questions, notamment celle de la clarification du mandat de la Commission, bien que M. Simma approuve pour sa part les remarques faites sur ce point par le Président. Une autre question était celle de savoir si le sujet se prête à la codification sous la forme traditionnelle d'un projet d'articles (par. 10). Quant à la troisième question, concernant la prolifération des institutions judiciaires internationales, il estime qu'elle risque de donner lieu à des discussions interminables.

15. Mme Xue a estimé que les paragraphes 4 à 7 dépeignaient le phénomène de la fragmentation sous un jour tellement positif que le lecteur risquait de ne pas comprendre pourquoi il était proposé d'y remédier. Il faudrait peut-être les remanier pour clarifier ce point ainsi que d'autres.

16. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner et à adopter le rapport du Groupe d'étude paragraphe par paragraphe.

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

17. M. KAMTO appelle l'attention des membres sur un problème de traduction dans la version française : les mots « l'examen du sujet par les membres nouvellement élus de la Commission » ne rendent pas correctement l'anglais (« *consideration of the topic by the newly elected Commission* »).

18. Après un bref échange de vues, M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) propose de supprimer, dans le texte anglais, les mots « *newly elected* » et, dans le texte français, les mots « les membres nouvellement élus de ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

19. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que, dans la deuxième phrase, les mots « durant la première partie de la session » sont inexacts et doivent être supprimés. Les mots « qui ont eu lieu lors des deux premières réunions » sont à supprimer dans la troisième phrase, qui doit se terminer par le mot « débats ». Ensuite, les mots « (sect. 1) et » sont à remplacer par les mots « La section 2 », qui constitueront le début de la quatrième phrase.

20. M. CANDIOTI approuve ces modifications mais suggère qu'en anglais le mot « *including* », après « *Part I* », soit remplacé par « *includes* ».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 4 et 5

Les paragraphes 4 et 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

21. M. MOMTAZ trouve la rédaction de la première phrase du texte français très inélégante – et il en va probablement de même en anglais. Il serait hautement préférable d'utiliser le mot « phénomène » plutôt que « chose ».

22. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que c'est précisément par souci d'élégance qu'il a utilisé le mot « chose » : le mot « phénomène » figurant déjà dans la dernière phrase du paragraphe, il a souhaité éviter une répétition. Néanmoins, il n'a aucune objection à ce que le mot « phénomène » soit utilisé deux fois.

23. M. KEMICHA dit que la première phrase est de toute façon superflue et peut être supprimée.

24. Le PRÉSIDENT fait observer que certains membres considèrent qu'elle apporte une précision importante. Il faudrait peut-être la conserver pour mettre l'accent sur ce point.

25. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) est du même avis : le fait que la fragmentation ne soit pas un phénomène nouveau doit être souligné dès l'abord. Quitte à apporter une modification, il préférerait supprimer la partie de la dernière phrase où la même observation est reprise.

26. M. CANDIOTI dit que la dernière phrase du paragraphe du texte français ne concorde pas avec celle des textes anglais et espagnol.

27. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objections il considérera que la Commission souhaite que le mot « chose » (*development*) soit remplacé par « phénomène ».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

28. Mme XUE dit qu'en tant que membre du Groupe d'étude elle approuve pleinement les travaux de celui-ci et souscrit, dans l'ensemble, à nombre des observations déjà formulées. Néanmoins, il faudrait, au paragraphe 7, ajouter des éléments supplémentaires pour justifier la réalisation des études futures de la Commission. Seuls les aspects positifs de la fragmentation sont évoqués, mais les effets négatifs potentiels doivent l'être également. Le paragraphe 14 contient une phrase qui va dans ce sens (« On a néanmoins considéré que, dans la mesure où les mêmes règles ou des règles similaires du droit international pouvaient être appliquées différemment par des institutions judiciaires, il convenait d'étudier les problèmes posés par ces divergences »), et Mme Xue propose de la transposer au paragraphe 7, en remplaçant les mots « institutions judiciaires » par « instances différentes ».

29. Le PRÉSIDENT dit que la question est de savoir si la fragmentation est un effet négatif d'un phénomène globalement positif ou si elle constitue en soi un phénomène ayant à la fois des aspects positifs et négatifs, selon les circonstances.

30. M. KATEKA dit que, pour répondre aux préoccupations de Mme Xue, qu'il partage en partie, on pourrait remplacer le mot « Le », au début de la première phrase, par « Certains des membres du », pour bien faire ressortir que le Groupe d'étude n'était pas unanime à vouloir mettre en lumière les aspects positifs de la fragmentation. Il est important que le rapport reflète les différentes nuances d'opinion au sein du Groupe d'étude.

31. M. KEMICHA dit que le fait de transposer la dernière phrase du paragraphe 14 au paragraphe 7 détruirait l'équilibre du paragraphe 14, qui a sa propre logique. Le Groupe d'étude a décidé d'éviter de faire mention de problèmes concernant les relations entre institutions judiciaires et de se concentrer plutôt sur les difficultés qui pourraient se présenter dans des domaines tels que l'interprétation du droit. C'est pourquoi M. Kemicha préférerait ajouter à la fin du paragraphe 7 une phrase conçue dans le sens suivant : « Il n'en demeure pas moins que la fragmentation présente aussi quelques aspects négatifs ».

32. M. BROWNLIE dit que la Commission doit se garder de traiter un rapport succinct comme s'il s'agissait d'un texte de caractère légal. Il ne faut pas non plus adopter une approche trop mécaniste en qualifiant certains aspects du droit de « positifs » ou de « risqués »; sinon, le résultat final ressemblera à une copie d'examen sur l'ensemble du droit international, assortie des commentaires du professeur. Le rapport tente simplement de corriger l'impression originale selon laquelle la fragmentation n'aurait que des effets négatifs.

33. Bien que M. Brownlie n'ait pas assisté à toutes les réunions du Groupe d'étude, il n'y a pas été question, à sa connaissance, du droit international régional, pas plus qu'il n'en est fait mention dans le rapport. M. Brownlie ne veut pas dire que ce sujet doive être examiné sur le champ : comme dans le cas des décisions incompatibles rendues par des instances judiciaires différentes, dont la Commission a décidé, à juste titre, qu'il s'agissait d'une question constitutionnelle qu'il ne lui appartenait donc pas d'examiner, cette question du droit international régional peut être laissée de côté. Le rapport pourrait indiquer qu'on n'a pas souhaité l'examiner. Mais il serait certainement étrange de n'y faire aucune allusion. M. Brownlie fait observer que les opinions concernant la valeur du droit international régional ont fluctué au cours de sa carrière, mais qu'il y a eu des périodes où ce droit était considéré comme particulièrement important, tandis qu'à d'autres les différences régionales, par exemple des aspects propres au droit latino-américain, qu'a illustrés l'affaire *Haya de la Torre*, ont été acceptées de manière plus neutre. Ce serait une erreur de classer tous les éléments du droit international comme relevant soit de la diversification salutaire, soit de la fragmentation risquée.

34. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que Mme Xue et M. Kateka ont fait certaines remarques valables. Si le rapport contient un commentaire positif sur la fragmentation, c'est parce que le point de départ des débats était l'étude de faisabilité de M. Gerhard Hafner, où la fragmentation était montrée sous un jour négatif. Le rapport reflète donc fidèlement les débats qui ont eu lieu au sein du Groupe d'étude. M. Simma reconnaît toutefois que le contexte pourrait ne pas être très clair pour les membres de la Sixième Commission; aussi proposera-t-il, après des consultations informelles avec d'autres membres de la CDI, le texte d'une phrase à ajouter à la fin du paragraphe 7.

35. M. KAMTO dit que la question du droit international régional a bien été évoquée au sein du Groupe d'étude : lui-même y a cité quelques exemples du contraste qui pouvait exister entre des conventions universelles et des conventions régionales africaines.

36. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) propose de remanier comme suit la première partie du paragraphe 7 : « Le Groupe de travail a pris note des risques et des défis que la fragmentation présentait du point de vue de l'unité et de la cohérence du droit international, comme cela était analysé dans le rapport de M. Hafner mentionné au paragraphe 1 ci-dessus. La Commission devrait orienter son travail dans le sens d'une réaction contre ces risques et défis. D'un autre côté, le Groupe d'étude a également jugé important […] ».

Le paragraphe 7, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 8

37. M. NIEHAUS suggère que le paragraphe fasse référence à l'autorisation déjà accordée en 2000 afin d'écarter tout doute au sujet de la nécessité pour la CDI d'obtenir l'approbation de la Sixième Commission.

38. M. AL-BAHARNA dit que les différentes vues exprimées au sein du Groupe d'étude seraient reflétées avec plus d'exactitude si, dans la dernière phrase, la virgule suivant les mots « Sixième Commission » était remplacée par un point virgule, le dernier membre de phrase se lisant ainsi : « on a conclu qu'elle devrait dans un tel cas obtenir de celle-ci le soutien spécifique nécessaire ».

39. M. TOMKA relève que des modifications au rapport sont proposées aussi bien par des membres du Groupe d'étude que pas des non-membres, ce qui lui paraît étrange. Il se demande si le rapport doit en fait être considéré comme celui du Groupe d'étude ou comme celui de l'ensemble de la Commission.

40. M. KATEKA suggère qu'à la deuxième phrase les mots « Une nette majorité » soient remplacés par « La plupart », formulation habituelle de caractère neutre. De même, le début de la troisième phrase devrait être modifié comme suit : « Certains membres se sont demandé si […] »; en effet, cette préoccupation n'a pas été partagée par l'ensemble du Groupe d'étude.

41. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) doute qu'il soit sage de remplacer « pourrait » par « devrait ». Le verbe « pouvoir » fait implicitement référence à l'autorisation accordée par la Sixième Commission en 2000, tandis que le terme « devrait » implique que, pour la plupart des membres de la Commission, l'assentiment renouvelé de l'Assemblée générale est requis.

42. Le PRÉSIDENT suggère de remplacer les mots « solliciter l'approbation » par « solliciter une nouvelle approbation ». Ainsi, le remplacement de « pourrait » par « devrait » ne posera plus de problème.

43. M. KOSKENNIEMI juge difficile de ne pas perdre le fil des différentes propositions faites, mise à part la question conceptuelle soulevée par M. Tomka concernant la participation d'autres membres que les membres du Groupe d'étude à la modification du rapport. À son avis, le paragraphe 8 devrait indiquer clairement que seuls certains membres se sont interrogés sur le point de savoir si le sujet relevait du mandat de la Commission et que la plupart des membres ont jugé cette préoccupation infondée. Il ne se rappelle pas que la nécessité d'obtenir une autorisation spécifique de la part de la Sixième Commission ait été suggérée; si cela avait été le cas, il aurait émis une objection. Néanmoins, la Commission ne doit pas se lancer dans un débat sur la question de fond.

44. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) précise que la Commission est à la fois en train d'adopter le rapport du Groupe d'étude et d'en remanier le texte pour le faire sien, ce qui est normal dès lors que ce rapport doit figurer dans son propre rapport à l'Assemblée générale. Quant à la nécessité de solliciter une nouvelle approbation de la Sixième Commission, il se rappelle clairement que cette question a été soulevée par M. Sreenivasa Rao. S'agissant des mérites respectifs des verbes « pouvoir » et « devoir », M. Simma proposera un nouveau libellé pour répondre aux préoccupations qui ont été exprimées. Il pourrait également être utile de mentionner les résolutions pertinentes adoptées par l'Assemblée générale en 2000.

45. Mme XUE, appuyée par le PRÉSIDENT, souligne que la rédaction actuelle reflète les débats qui ont eu lieu au sein du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme. Lorsqu'il s'est agi de décider des nouveaux sujets à ajouter au programme de la Commission, le choix a été effectué parmi cinq sujets qui avaient déjà été discutés par la CDI et la Sixième Commission. Celui de la fragmentation du droit international en faisait partie, et bénéficie donc déjà du soutien de la Sixième Commission.

46. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit qu'afin de prendre en considération les différentes opinions qui ont été exprimées, le paragraphe pourrait être modifié pour se lire comme suit : « En ce qui concerne les questions de procédure, certains membres se sont demandé si le sujet relevait du mandat de la Commission. La plupart des membres ont toutefois jugé ce doute sans fondement. Certains membres se sont demandé si la Commission devrait, avant d'entreprendre l'examen du sujet, solliciter une nouvelle approbation de la Sixième Commission. La majorité des membres ont toutefois conclu qu'elle pourrait dans un tel cas obtenir de celle-ci le soutien nécessaire ». Après les mots « solliciter une nouvelle approbation », on pourrait

insérer un appel de note renvoyant à une note de bas de page où il serait fait référence aux résolutions pertinentes de l'Assemblée générale.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 9

47. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA ne comprend pas la raison d'être de ce paragraphe. Les deux premières phrases semblent exprimer une idée similaire tandis que la troisième mentionne les conséquences que le travail de la Commission devrait viser à pallier. Veut-on parler des conséquences négatives évoquées par le mot « fragmentation », ou des conséquences liées aux risques découlant de la fragmentation du droit international ?

48. M. NIEHAUS, se référant au changement de titre, souligne que l'aspect négatif que la plupart des membres du Groupe de travail souhaitent éviter est contenu dans le mot « fragmentation », comme l'indique le paragraphe 9, et n'a rien à voir avec le mot « risques » utilisé dans le titre du rapport Hafner. Le terme « conséquences » semble inadéquat car toutes les règles juridiques ont des conséquences. Si la Commission souhaite se référer à la prolifération ou la fragmentation du droit international, elle doit souligner qu'elle pose un problème en utilisant le mot « risque » ou, au moins, « difficultés ». Le fait est que le titre doit mettre en relief l'élément qui fera l'objet de l'étude.

49. Le PRÉSIDENT dit que les questions clefs ne se trouvent pas dans la section 1 du document mais dans la section 2 et que la Commission pourra examiner ce point plus avant lorsqu'elle abordera cette section.

50. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que l'observation faite par M. Pambou-Tchivounda est justifiée et que le texte pourrait être amélioré moyennant une légère modification. La première phrase pourrait rester en l'état, tandis que la deuxième se lirait comme suit : « Le Groupe d'étude estime toutefois que le terme "fragmentation" recouvre bien certaines conséquences indésirables de l'expansion du droit international dans de nouveaux domaines ». Il sera ainsi clair que, même si le Groupe d'étude estime que le titre du rapport Hafner dépeint le sujet de manière trop négative, la fragmentation recouvre en fait certaines conséquences indésirables auxquelles l'objectif est de pallier.

51. Mme XUE approuve la proposition du Président du Groupe d'étude. Néanmoins, les paragraphes 7 et 9 présentent des arguments contradictoires. Le dernier ne se réfère qu'aux aspects négatifs de la fragmentation, tandis que le premier ne parle que des aspects positifs. Il convient de remanier ces paragraphes pour les rendre plus cohérents.

52. M. BROWNLIE dit qu'il pensait que le terme « fragmentation » avait été réhabilité au cours du débat de la séance précédente. Aussi approuve-t-il la modification proposée par le Président du Groupe d'étude, mais suggère de remplacer « dénote », par « peut dénoter ». Ainsi, on n'aura pas l'impression que la Commission présume qu'il y a nécessairement des conséquences indésirables.

53. M. KAMTO propose de modifier la deuxième phrase pour qu'elle se lise comme suit : « reflète certaines conséquences liées à l'expansion du droit international dans de nouveaux domaines. Le travail de la Commission devrait viser à étudier ces conséquences ».

54. Le PRÉSIDENT comprend fort bien que les membres de la Commission ne souhaitent pas sous-entendre que la « fragmentation » a des conséquences défavorables, mais l'étude a pour objet de trouver des moyens d'atténuer les conséquences négatives de celle-ci, tout en gardant à l'esprit qu'il faut admettre qu'elle peut avoir des résultats positifs.

55. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) propose, compte tenu des observations qui ont été formulées, de modifier la deuxième phrase du paragraphe 9 comme suit : « Cependant, le Groupe d'étude estime que le terme "fragmentation" peut recouvrir certaines conséquences indésirables de l'expansion du droit international dans de nouveaux domaines », et de transposer la troisième phrase à la fin du paragraphe 7.

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 10

Le paragraphe 10 est adopté.

Paragraphe 11

56. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) propose, puisque plusieurs membres recommandent vivement de citer la question des normes relatives aux droits de l'homme considérées dans le contexte des traités d'extradition, d'insérer les mots : « par exemple les traités d'extradition et les normes relatives aux droits de l'homme » après « des règles de droit international étaient en conflit », dans la deuxième phrase.

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 12 et 13

Les paragraphes 12 et 13 sont adoptés.

Paragraphe 14

57. M. MOMTAZ rappelle qu'à la séance précédente il avait établi un lien entre le paragraphe 14 et la liste des sujets dont l'étude était proposée. La fragmentation du droit international, qui est le résultat de la jurisprudence des juridictions internationales, n'est pas due seulement à une application différente des règles du droit international, mais aussi à une qualification différente de ces règles. Par conséquent, la deuxième phrase du paragraphe 14 devrait être modifiée comme suit : « dans la mesure où les mêmes règles ou des règles similaires du droit international pouvaient être qualifiées et appliquées différemment ».

58. Mme XUE dit que, compte tenu de cette proposition, elle retire celle qu'elle a faite au sujet du paragraphe 14 lors de l'examen du paragraphe 7.

59. M. CHEE relève qu'il est dit dans la deuxième phrase du paragraphe 14 que les règles du droit international peuvent être appliquées différemment par des institutions judiciaires. Or, les institutions judiciaires interprètent le droit, mais c'est le pouvoir exécutif qui l'applique. Par ailleurs, il existe de nombreux organes ayant une fonction normative au sein d'institutions spécialisées telles que l'OACI et la FAO, de sorte qu'il n'est pas approprié de faire référence uniquement aux institutions judiciaires. Il faudrait utiliser un terme de portée plus large, en parlant par exemple d'« organes exerçant des fonctions normatives ».

60. M. MOMTAZ fait observer que la raison d'être du paragraphe 14 est de souligner la prolifération des institutions judiciaires et que le Groupe d'étude a décidé de traiter non pas de la prolifération en tant que telle mais de la fragmentation résultant de la jurisprudence des institutions judiciaires.

61. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) partage l'avis de M. Momtaz selon lequel l'objet du paragraphe 14 est la prolifération des institutions judiciaires; il ne vise pas d'autres institutions appliquant le droit ou créatrices de droit telles que l'OACI. Quoi qu'il en soit, la CIJ applique le droit international dans des affaires données : aussi l'idée que les tribunaux n'appliquent pas le droit international ne lui serait-elle jamais venue à l'esprit.

62. Mme ESCARAMEIA dit que c'est elle qui a rédigé le paragraphe et qu'elle avait d'abord parlé de « mécanismes d'application du droit », car les institutions judiciaires ne sont pas seules à appliquer le droit. Toutefois, la question a été débattue au sein du Groupe d'étude et l'observation a été faite qu'il s'agissait simplement en l'occurrence des institutions judiciaires et non des mécanismes appliquant le droit international.

Le paragraphe 14, tel que modifié par M. Momtaz, est adopté.

Paragraphes 15 et 16

Les paragraphes 15 et 16 sont adoptés.

Paragraphe 17

63. M. MOMTAZ dit que dans la dernière phrase, lorsqu'il est question de la réunion annuelle des conseillers juridiques nationaux à l'Organisation des Nations Unies, il serait préférable d'utiliser le titre officiel de cette réunion.

64. Mme XUE dit que cette réunion de conseillers juridiques nationaux a un caractère informel et n'a donc pas de titre spécifique. Néanmoins, il faudrait préciser qu'il s'agit de la réunion annuelle des conseillers juridiques des États, qui se tient à l'ONU pendant la session de l'Assemblée générale.

65. M. DAOUDI dit que, puisque le Groupe d'étude a décidé que le séminaire pourrait être organisé à un stade ultérieur des travaux de la Commission, le début du paragraphe devrait être modifié comme suit : « On a proposé que la Commission organise, à un stade ultérieur de son étude sur la fragmentation, un séminaire dont […] », afin de ne pas donner l'impression que ce séminaire est lié à la série d'études mentionnée au paragraphe 21. À son avis, le séminaire devrait porter sur les principales causes de la fragmentation telles que les problèmes du régionalisme et l'approche culturelle du droit international.

66. Le PRÉSIDENT dit qu'il ressort clairement de la version anglaise du texte que le séminaire n'en est encore qu'au stade de la simple suggestion.

67. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international), répondant à M. Daoudi, dit que le paragraphe 17 ne fait que refléter les idées qui ont été exprimées lors des réunions du Groupe d'étude. La deuxième partie du rapport ne fait nulle part mention du séminaire. Cette question devra être abordée à un stade ultérieur de l'examen du sujet par la Commission. Cela étant, la proposition de M. Simma d'être le premier à donner une communication au futur séminaire tient toujours.

68. M. DAOUDI dit qu'il faut préciser dès l'abord que la Commission organiserait ce séminaire « à un stade ultérieur ».

Le paragraphe 17, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 18

69. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que, logiquement, le paragraphe 18 doit être le dernier paragraphe de la section D (Méthodologie et présentation), et non le premier de la section E (Résultats possibles des travaux de la Commission).

Avec cette modification, le paragraphe 18 est adopté.

Paragraphe 19

70. M. MOMTAZ appelle l'attention de la Commission sur une divergence entre le titre anglais de la section E et la traduction française.

71. M. GAJA propose de supprimer le mot « final », que l'ajout d'une deuxième phrase au paragraphe 19 a rendu superflu.

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

72. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que si, comme l'affirme M. Brownlie, le terme « fragmentation » a été réhabilité, il devrait peut-être être ressuscité. Plutôt que de sacrifier le concept de « fragmentation », qu'elle a totalement oblitéré en substituant à ce terme celui de « diversification », et qu'en plus elle n'a même pas essayé de définir, la Commission devrait envisager de le réintégrer dans le nouveau titre du sujet, en sus et non à la place du terme « diversification ». M. Pambou-Tchivounda est également dans le doute quant à la nature des « difficultés » mentionnées dans le nouveau titre. S'agit-il de difficultés conceptuelles, normatives ou techniques ?

73. M. KATEKA dit que l'on pourrait parvenir à un compromis satisfaisant en s'inspirant de la solution adoptée pour le sujet de la responsabilité internationale, c'est-à-dire en ajoutant au titre un sous-titre entre parenthèses. Le titre complet du sujet serait ainsi « Fragmentation du droit international (difficultés découlant de la diversification du droit international) ». Une autre solution serait de remplacer le mot « difficultés » par « conséquences ».

74. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) trouve la proposition acceptable.

75. M. GALICKI, appelant l'attention de la Commission sur la formulation utilisée au paragraphe 9 du rapport, dit que le sous-titre proposé par M. Kateka pourrait être à la fois plus neutre et plus global s'il était formulé comme suit : « Conséquences découlant de la diversification et de l'expansion du droit international ». Si le terme « expansion » n'est pas acceptable, on pourrait le remplacer par « prolifération », car ce quasi-synonyme est plus neutre.

76. Le PRÉSIDENT dit que, peut-être pour des raisons culturelles, le mot « prolifération » a pour lui une connotation très différente.

77. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) préconise vivement de retenir le mot « difficultés ». Il ne s'agit pas de faire un exposé complet, de plusieurs centaines de pages, sur les conséquences – positives et négatives – de la fragmentation du droit international, mais d'aider à surmonter les difficultés qui pourraient se présenter; c'est l'approche « boîte à outils » dont il a parlé, au paragraphe 21 du rapport.

78. Le terme « prolifération » est associé aux armes nucléaires et autres. Le droit international peut s'élargir, il peut se diversifier, mais il ne peut pas proliférer. Les objets prolifèrent – voir « l'apprenti sorcier ». Les tribunaux aussi peuvent proliférer; cependant, l'idée de voir la Commission élaborer un accord de non-prolifération des tribunaux et autres juridictions aurait quelque chose d'ahurissant. Bref, le terme « diversification » doit être retenu, avec ou sans l'adjonction du mot « expansion ».

79. Mme ESCARAMEIA dit que la proposition de M. Kateka lui paraît acceptable mais que sa rédaction remet l'accent sur les aspects négatifs du phénomène. Le libellé serait plus équilibré et refléterait également les aspects positifs s'il se lisait comme suit : « Fragmentation du droit international (difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international) ».

80. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objections il considérera que la Commission souhaite adopter pour le nouveau titre du sujet le libellé proposé par Mme Escarameia.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 20, tel que modifié, est adopté.

Paragraphe 21

81. M. MOMTAZ demande, à propos de l'alinéa *e* du paragraphe 21, pourquoi la question de la hiérarchie des normes a été limitée au droit conventionnel. Pour sa part, par souci de cohérence avec le paragraphe 14, il aurait préféré que l'étude porte sur la hiérarchie des normes dans le droit international général.

82. M. KATEKA propose de supprimer, à l'alinéa *b* du paragraphe 21, les mots « et des "préoccupations actuelles de la communauté des nations" (affaire relative à la *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*) », de même que la note de bas de page correspondante.

83. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international), répondant à la question soulevée par M. Momtaz, dit que les mots « dans le droit international général » semblent exclure les traités. En ce qui concerne l'observation faite par M. Kateka, la première partie de l'alinéa *b* du paragraphe 21 fait référence à l'existence de « règles pertinentes » telles que l'avis consultatif rendu dans l'affaire de la *Namibie*; la deuxième partie, que M. Kateka conteste, reflète la proposition faite à plusieurs reprises au sein du Groupe d'étude par M. Gaja, tendant à ajouter un membre de phrase couvrant le point de savoir si ceux qui ont à interpréter un traité pouvaient tenir compte de règles qui se sont formées pour répondre à une préoccupation majeure de la communauté internationale mais auxquelles toutes les parties au traité n'ont pas expressément souscrit. M. Simma tient à ce que cet aspect soit reflété quelque part à l'alinéa *b* du paragraphe 21. Cependant, à titre de compromis, il propose, premièrement, de supprimer les guillemets dans la partie de la phrase dont il s'agit, deuxièmement, de remplacer les mots « communauté des nations » par « communauté internationale » et, troisièmement, de supprimer la référence à l'affaire relative à la *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes* ou de la reléguer dans une note de bas de page.

84. M. KATEKA jugerait acceptable la proposition du Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international comportant la suppression de la référence à l'affaire relative à la *Prohibition à l'importation de certaines crevettes et de certains produits à base de crevettes*.

85. M. KAMTO relève qu'une proposition qu'il a faite au sein du Groupe d'étude n'a pas été prise en compte. Il faudrait ajouter à la liste des sujets à étudier un alinéa *f*, sur l'interaction et les conflits entre les diverses décisions judiciaires.

86. M. MOMTAZ appuie cette proposition.

87. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il faudrait également ajouter un alinéa *g*, pour tenir compte des évolutions régionales.

88. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que les deux dernières propositions lui posent plusieurs problèmes. Si elles sont adoptées, premièrement, le choix des sujets d'étude ne sera plus guidé par les travaux antérieurs de la

Commission, comme il est dit actuellement au paragraphe 21, et ces sujets ne seront pas compatibles avec l'approche du type « boîte à outils » qu'il préconise. Deuxièmement, le paragraphe 14 dit actuellement que la Commission ne doit pas étudier les questions de la création d'institutions judiciaires internationales et de la relation entre ces institutions. Si les propositions en question sont adoptées, l'approche « boîte à outils » cessera d'être applicable et la Commission ne pourra éviter d'aborder la question de la « prolifération ». Quant aux évolutions régionales, il pourrait être indiqué brièvement quelque part dans le rapport, mais ailleurs que dans la section des recommandations, que la Commission a conscience de leur importance mais n'a pas l'intention de traiter prochainement de cette question. M. Simma rédigera une phrase appropriée, en indiquant l'endroit où il propose de l'insérer, à temps pour la séance suivante de la Commission.

89. Le PRÉSIDENT demande si, compte tenu de la formule « les sujets suivants pourraient notamment être étudiés », qui figure au début du paragraphe et laisse une grande latitude, la Commission accepterait d'adopter le paragraphe 21 dans son ensemble, étant entendu que le Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international rédigera pour la séance suivante de la Commission un passage acceptable sur la question des évolutions régionales.

Sous cette réserve, l'ensemble du paragraphe 21, tel qu'il a été modifié, est adopté.

L'ensemble du rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, tel que modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 heures.

2743e SÉANCE

Jeudi 8 août 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) [A/CN.4/L.627][1]

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL

1. Le PRÉSIDENT annonce aux membres de la Commission que M. Sreenivasa Rao a accepté d'être rapporteur spécial pour la deuxième partie du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, à savoir la responsabilité internationale pour la non-prévention d'un sinistre transfrontière découlant d'activités dangereuses.

2. M. Sreenivasa RAO (Président du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international), présentant le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.627), dit que celui-ci y propose des pistes destinées à orienter les travaux de la Commission sur la deuxième partie du sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international.

3. Dans l'introduction sont posées quelques idées de base. Il a été jugé utile tout d'abord d'indiquer quelle serait la relation entre l'exercice en cours et le projet d'articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session[2]; de l'avis du Groupe de travail, le non-accomplissement par l'État des obligations de prévention qui lui incombaient en vertu du projet d'articles adopté par la Commission à la même session sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses[3] entraînerait sa responsabilité. En outre, étant donné qu'un dommage pouvait survenir même si les obligations de prévention avaient été dûment accomplies, il est apparu que la question essentielle à examiner était celle de la répartition de la charge des pertes entre les divers agents intervenant dans les activités ayant causé le dommage. Si, d'une manière générale, les États devaient être libres d'autoriser la réalisation des activités qu'ils souhaitaient sur leur territoire, ils devaient néanmoins veiller à ce qu'en cas de dommage un remède soit disponible sous une forme ou sous une autre pour les victimes. Sans une telle assurance, les États potentiellement lésés et la communauté internationale insisteraient vraisemblablement pour que les activités en cause soient interdites.

4. En ce qui concerne la portée du sujet, le Groupe de travail a recommandé qu'elle soit limitée aux mêmes activités que celles qui avaient été couvertes dans la partie relative à la prévention. À ce propos, s'est posée

---

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (2e partie), chap. VII, sect. C, p. 94.

[2] Voir 2712e séance, note 13.

[3] Voir 2724e séance, note 2.

la question importante du seuil à partir duquel le régime de répartition de la charge des pertes entrerait en jeu. Pour certains membres du Groupe, le seuil retenu pour les articles sur la prévention (dommage significatif) pourrait aussi convenir pour la deuxième partie du sujet. Un membre a cependant estimé, comme il ressort de la note portant sur le paragraphe 7 du rapport, qu'il y avait lieu de fixer un seuil plus élevé, de manière à éviter la multiplication de réclamations futiles et d'axer le régime sur les sinistres majeurs susceptibles de donner lieu à des demandes en restitution et en indemnisation importantes. Il a été jugé souhaitable de demander l'avis des États sur ce point important. Toujours concernant la portée du sujet, il a été précisé que l'étude porterait sur les pertes subies par les personnes, par les biens, y compris ceux relevant de la propriété de l'État et du patrimoine national, et par l'environnement relevant de la juridiction nationale.

5. La partie suivante du rapport concerne le rôle de l'exploitant et de l'État dans la prise en charge du sinistre. Le Groupe s'est mis d'accord sur le fait qu'il ne fallait pas en principe laisser la victime innocente supporter seule la charge de la perte; que tout régime de répartition de cette charge devait garantir des moyens propres à inciter tous ceux qui participent à une activité dangereuse à adopter les meilleures techniques de prévention et de réaction; qu'un tel régime devait s'étendre, en plus des États, aux divers intervenants, tels que les entités privées, les compagnies d'assurance et les caisses communes constituées par les secteurs industriels.

6. Le Groupe de travail a estimé que l'exploitant, qui a la maîtrise directe des activités, devrait être responsable principal dans tout régime d'imputation des pertes. En amont, c'était à lui qu'il appartenait d'établir le projet des activités, de procéder à des études sur les risques qu'elles comportent, de prévoir des mécanismes de gestion de ces risques et, enfin, de demander l'autorisation à l'État. Quant à l'État, il devait notifier et informer les parties intéressées, suivre de près la situation et enfin, le cas échéant, autoriser les activités projetées. D'autres considérations entraient en jeu, notamment en ce qui concerne les régimes d'assurance, la constitution de provisions par les États pour des situations urgentes ou imprévues et les mécanismes pour couvrir, en cas de dommages, les coûts de remise en état et d'indemnisation. À ce propos, la nécessité, pour l'exploitant, d'internaliser les coûts qu'il pourrait avoir à assumer en cas de dommages a été évoquée.

7. Il peut arriver néanmoins, en cas de sinistre majeur, que l'exploitant ne puisse assumer toute la perte. Selon certains membres du Groupe de travail, le solde des pertes devait alors être imputé à l'État, qui assumerait alors une obligation subsidiaire. Quoi qu'il en soit, l'État avait un rôle très important s'agissant d'évaluer les risques liés à des activités dangereuses, de contrôler l'activité en question pour s'assurer qu'elle était conforme aux normes prescrites et, plus important encore, de veiller à ce que les victimes éventuelles aient accès à des recours efficaces. Il n'était pas toujours facile de faire le départ entre le rôle de l'exploitant et celui de l'État lorsque des accidents entraînant des dommages significatifs se produisaient.

8. Enfin, le Groupe de travail a estimé que les procédures de traitement et de règlement des réclamations en restitution et en indemnisation méritaient un examen plus approfondi. Il s'agissait notamment des mécanismes interétatiques ou intra-étatiques prévus pour regrouper les réclamations, de la nature des recours disponibles, de l'accès aux tribunaux compétents ainsi que de la quantification et du règlement des réclamations.

9. Mme ESCARAMEIA dit qu'elle souscrit pleinement au rapport sur lequel elle a cinq observations à faire. Premièrement, elle se félicite que la responsabilité pour risque (*liability*) soit reconnue comme distincte de la responsabilité des États pour fait internationalement illicite; deuxièmement, elle souscrit à la décision de la Commission de se pencher, après avoir examiné la question de la responsabilité internationale sous l'angle de la prévention, sur ce qui se passe lorsqu'un sinistre survient malgré les mesures de prévention; troisièmement, il lui paraît bon que le Groupe de travail ait reconnu l'existence de plusieurs agents en cas de sinistre et, bien qu'il existe des divergences entre les membres du Groupe de travail, que le rôle de l'État ait été dûment reconnu; quatrièmement, elle apprécie le fait que le rapport soulève plusieurs questions importantes sans préjuger l'examen que leur accordera la Commission; cinquièmement, elle juge le rapport intéressant en ce qu'il propose des pistes de réflexion pour orienter les travaux futurs de la Commission sur ce sujet.

10. Avant de conclure son intervention, Mme Escarameia fait part à la Commission de ses interrogations concernant le mécanisme par lequel les victimes pourront se prévaloir de recours en cas de sinistre. Normalement, le sujet de droit international, c'est l'État. Quel sera donc le mécanisme qui permettra aux particuliers d'introduire une réclamation internationale dans l'État d'origine et dans les autres États affectés ? En répondant à ce type de question, la Commission ferait œuvre novatrice. De plus, Mme Escarameia n'est pas convaincue qu'il faille classer l'environnement dans la catégorie des victimes innocentes, qualification qui reviendrait à le personnaliser à outrance.

11. Enfin, Mme Escarameia considère qu'il faut adresser un questionnaire aux États pour leur demander des informations sur leur pratique et sur leur position, notamment au sujet de la participation des victimes à la procédure, des rôles de l'exploitant et de l'État et de la place qu'il faut donner à l'indivis mondial.

12. M. PELLET dit que le sujet que la Commission se propose d'étudier exigerait, pour être convenablement traité, des connaissances techniques, économiques et financières qu'elle n'a pas. Même si elle a théoriquement le droit de s'entourer d'avis d'experts extérieurs, cela risque de poser des problèmes pratiques. Par ailleurs, ce sujet ne se prête ni à une codification ni à un développement progressif du droit. C'est un sujet qui, par sa nature, exige des négociations entre États, et les membres de la Commission ne sont ni des États ni des représentants d'États. Qu'il s'agisse de définir les indispensables assurances que doivent souscrire les opérateurs, ou les fonds de compensation qu'il conviendra de créer, ou encore d'imaginer des mécanismes de financement ou de partage des charges, on ne voit pas comment un groupe d'experts qui ne représentent qu'eux-mêmes pourrait assumer pareilles tâches. Si donc la Commission s'obstine à traiter un sujet qui dépasse de beaucoup ses compétences, il serait sage à son avis qu'elle se borne à lancer des idées

ou à suggérer des alternatives qui pourraient être mises en œuvre au cas par cas.

13. Les membres du Groupe de travail ne s'y sont du reste pas trompés lorsqu'ils ont souligné, au paragraphe 4 du rapport, que les régimes particuliers ont une importance spéciale dans le traitement de ce sujet. De même, au paragraphe 14, ils ont noté que l'éventuelle obligation subsidiaire de l'État ne pouvait apparaître que dans des circonstances exceptionnelles. Ce n'est que dans des cas bien précis, comme par exemple celui des dommages causés par les objets spatiaux, que les États ont endossé la responsabilité principale. Cette responsabilité a été acceptée en l'occurrence aux termes d'une convention qui a été négociée en tenant compte des caractéristiques particulières des activités en question, et l'on voit mal comment les membres de la Commission pourraient décider de généraliser une solution de ce type, ou même, comme cela est envisagé au paragraphe 11, se prononcer sur la mise en place de régimes d'assurance ou sur la constitution par les États de provisions pour situations urgentes ou imprévues. Ce sont là essentiellement des décisions politiques. Le dilemme est le suivant : si la Commission décide d'aller de l'avant et de prendre position sur des questions aussi épineuses que celle de la responsabilité éventuelle de l'État ou du principe « pollueur-payeur », elle risque de se hasarder sur un terrain dangereux dans lequel elle s'enlisera session après session. Si elle renonce à prendre position, elle risque au contraire de tourner en rond et de ne rien faire d'utile.

14. Cela étant dit, si la Commission décide d'adopter le rapport du Groupe de travail en tant que rapport de la Commission – et M. Pellet réserve sa position à ce sujet –, un certain nombre de points mériteraient d'être élucidés ou améliorés. Ainsi, dans la version anglaise du texte, il lui semble y avoir un manque de cohérence entre le sous-titre, où l'on utilise le mot « *liability* », et le paragraphe 2, où l'on retrouve le mot « *responsibility* ». Le simple bon sens indique que, s'il y a un devoir de prévention, le fait de ne pas respecter ce devoir entraîne bel et bien une « responsabilité » au sens de responsabilité pour fait internationalement illicite. Aussi serait-il préférable à son avis d'opter pour un titre plus neutre. M. Pellet suggère, par exemple, « conséquences de la survenance d'un sinistre transfrontière découlant d'activités dangereuses ».

15. En ce qui concerne le corps du texte, il regrette qu'au paragraphe 4 on n'ait pas suffisamment tiré les conséquences de l'existence de régimes particuliers. Si le rapport du Groupe de travail doit être reproduit dans le rapport de la Commission, il serait peut-être utile, pour la commodité des lecteurs, de rappeler à l'alinéa *a* du paragraphe 7 comment les activités dangereuses ont été définies dans le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses. Le paragraphe 11 met très bien en évidence le fait que le sujet ne se prête pas à une codification. S'il y a certainement lieu de mettre en place des régimes d'assurance ou d'obliger les exploitants à cotiser à des mécanismes de financement, cela ne relève nullement de la compétence de la Commission. À cet égard, la fin du paragraphe 13 n'est pas claire : la responsabilité de l'opérateur est-elle limitée ou s'agit-il d'une responsabilité objective ou absolue ? L'avant-dernière phrase du paragraphe 14 énonce une évidence, à savoir que l'éventuelle obligation subsidiaire de l'État ne peut apparaître que dans des circonstances exceptionnelles. Cette proposition semble toutefois contredite par la phrase précédente où il est dit que, de l'avis de certains membres, lorsque la responsabilité privée se révèle insuffisante, le solde des pertes devrait alors être imputé à l'État. Pour M. Pellet, la responsabilité principale de l'État ne peut être engagée qu'à la suite de négociations et, de même, les mécanismes interétatiques ou nationaux de réclamation évoqués au paragraphe 16 sont une question qui ne relève pas de la compétence de la Commission.

16. En conclusion, le sujet proposé est un thème de négociation entre États souverains et non un sujet qui se prête à une codification ou à un développement progressif du droit international. La Commission s'est avérée incapable de le traiter en 28 ans et rien ne permet de penser qu'elle fera mieux à l'avenir.

17. Le PRÉSIDENT fait remarquer que, quels que puissent être les doutes des uns et des autres sur le sujet, la Commission n'a pas les mains entièrement libres puisque la Sixième Commission l'a invitée à poursuivre l'examen de la question et qu'elle a même adopté une décision à cet égard[4].

18. M. MANSFIELD rappelle à M. Pellet que le sujet figure d'ores et déjà au programme de travail de la Commission; les membres du Groupe de travail ont fait de grands efforts pour rédiger un rapport constructif et celui-ci constitue à son avis une bonne base de départ pour faire avancer la discussion au sein de la Sixième Commission. Il limitera, quant à lui, ses remarques à des aspects pratiques : tout le monde est d'accord sur le fait que l'aspect « prévention » est primordial en la matière et qu'il vaut toujours mieux prévenir que guérir. Mais, quelle que soit l'excellence de la prévention, on ne peut pas exclure totalement les risques de dommages et c'est là toute la raison d'être du travail dans lequel la Commission s'engage.

19. À cet égard, un aspect ne doit pas être perdu de vue : les opérateurs sont les premiers intéressés par la sécurité de leurs activités, car les accidents font peser une menace directe sur la rentabilité de leurs entreprises, en entraînant notamment des coûts de réparation, un renchérissement des primes d'assurance et une perte de confiance des consommateurs. Ils sont donc les premiers à vouloir éviter les risques et trouveront normal de participer à tous les mécanismes de partage des pertes. Cela dit, si malgré l'excellence de la prévention, des dommages surviennent, il est évident que ces dommages ne doivent pas être supportés par les victimes directes et que ce sont les opérateurs eux-mêmes qui doivent en assumer en priorité la responsabilité. Aussi n'est-il peut-être pas opportun que les opérateurs sachent d'emblée qu'en cas de défaillance de leur part, c'est l'État qui prendra le relais. Cette certitude risque de leur enlever une partie de leur incitation à se montrer prudents. Ainsi qu'on l'a souligné au paragraphe 14 du rapport du Groupe de travail, l'obligation subsidiaire de l'État ne peut apparaître que dans des circonstances exceptionnelles, dans le cas où la responsabilité privée peut se révéler insuffisante au regard du partage équitable

[4] Résolution 56/82 de l'Assemblée générale, par. 3.

des pertes. Et, comme l'a très justement fait remarquer M. Pellet, il s'agit là d'une question très complexe.

20. Néanmoins, quelle que soit la difficulté de la tâche, M. Mansfield est convaincu que la Commission pourra à cet égard faire œuvre utile et définir un certain nombre de principes généraux, même s'il n'est pas de son ressort de concevoir des systèmes d'assurance. C'est pourquoi il appuie pleinement le rapport du Groupe de travail qui ouvre différentes perspectives susceptibles de faire avancer les choses.

21. M. PELLET, répondant au Président, dit qu'il est conscient que l'Assemblée générale a adopté une décision qui pousse la Commission à s'intéresser à ce sujet. Toutefois, il estime qu'il était de la responsabilité de la Commission de commencer par s'interroger sur ses propres capacités et de se demander si cette question relevait véritablement de sa compétence.

22. M. SIMMA dit qu'il était lui aussi plutôt sceptique quant à l'opportunité de reprendre l'étude de ce sujet mais qu'il est devenu plus optimiste après la présentation du rapport du Groupe de travail. Il aimerait toutefois que le Président du Groupe de travail et M. Mansfield donnent leur avis sur l'utilité de faire appel, à un stade ou à un autre, à des experts extérieurs non juristes pour tout ce qui touche aux aspects économiques ou techniques. Le nouveau Président du Groupe de travail n'a en effet pas indiqué, dans le rapport, quelles sont ses intentions pour les deux prochaines sessions.

23. M. MANSFIELD dit qu'il est sans doute un peu trop tôt pour se prononcer sur ce point. Il se peut effectivement que la Commission, si elle aborde le type de questions auxquelles M. Pellet a fait allusion, ait besoin de faire appel à des compétences extérieures, que ce soit pour lui fournir des avis autorisés ou pour la mettre en garde contre certains dangers.

24. M. Sreenivasa RAO (Président du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international) fait observer que la complexité de certaines questions techniques n'a jamais empêché la Commission d'étudier des sujets comme celui des cours d'eau ou encore de la responsabilité des États à propos desquels elle a dû se pencher sur des problèmes de quantification, d'intérêts financiers ou de définition du dommage. Même si, pour certains aspects, la Commission doit faire appel à des experts extérieurs, cette aide ne devrait pas être impossible à obtenir. Ainsi, lorsque la Commission travaillait sur la question des cours d'eau, la Banque mondiale lui avait fourni une assistance technique très précieuse.

25. M. KATEKA dit qu'il ne partage pas non plus le pessimisme de M. Pellet. Il ne s'agit pas ici de « réinventer la roue » en partant de rien. Différents organismes dont le PNUE ont déjà fait un travail important sur cette question, sans parler des contributions des précédents rapporteurs spéciaux. L'argument du manque de compétences ou de connaissances techniques est souvent avancé lorsqu'on souhaite abandonner un sujet mais, ainsi que le nouveau Président du Groupe de travail l'a très justement souligné, ce genre de problème n'a pas empêché la Commission d'aborder dans le passé certaines questions pour lesquelles sa compétence pouvait être mise en doute.

26. Chacun sait bien entendu qu'il existe déjà des régimes spéciaux dans le domaine de l'environnement – qu'il s'agisse de pollution, d'accidents nucléaires ou d'objets spatiaux. Il existe même un certain nombre d'accords ou de conventions sur le sujet, mais il est intéressant de noter que beaucoup d'entre eux ne sont pas encore entrés en vigueur : on peut se demander si ce n'est pas parce qu'ils sont trop ambitieux et qu'ils n'abordent pas la question des assurances ou de la réparation de manière réaliste. Il faut espérer que la Commission saura examiner ce genre de questions avec suffisamment de doigté et de perspicacité pour amener les États membres à s'y intéresser. Le sujet à l'examen lui fournira peut-être aussi l'occasion de reprendre l'étude d'autres problèmes d'environnement qu'elle avait dû se résoudre à abandonner dans le passé sur la base d'études de faisabilité défavorables.

27. En ce qui concerne le rapport proprement dit, M. Kateka estime que le sous-titre est particulièrement bien choisi car il insiste sur le lien entre la non-prévention et la responsabilité, ce qui ne peut être qu'approuvé par l'Assemblée générale. S'agissant de la portée de l'étude, il conviendrait de faire figurer parmi les sujets d'étude mentionnés au paragraphe 7 *c* la question de l'indivis mondial. Par ailleurs, il serait préférable de parler de dommages causés à l'environnement plutôt que de pertes subies par l'environnement car qui dit dommage dit réparation. Or, les dommages causés à l'environnement sont parfois irréparables. Dans bien des cas, ils ne peuvent être réparés par des moyens financiers et il vaut parfois mieux laisser les processus naturels faire leur œuvre que de chercher à procéder à une remise en état. Il faut espérer que le Rapporteur spécial examinera la question de la définition des dommages subis par l'environnement malgré les doutes qui ont été exprimés quant aux compétences de la Commission en la matière. En ce qui concerne le rôle de l'exploitant et de l'État, M. Kateka souscrit à l'idée selon laquelle l'exploitant devrait être le responsable principal dans tout régime d'imputation des pertes et l'État a une responsabilité subsidiaire. Il s'agit là d'un pas dans la bonne direction.

28. Pour conclure, M. Kateka dit que, pendant que les experts se querellent à propos de leurs compétences, la dégradation de l'environnement se poursuit et il exprime l'espoir qu'à la veille du Sommet mondial pour le développement durable, qui doit se tenir à Johannesburg, la Commission contribuera à établir un cadre qui permette de protéger l'environnement.

29. M. GAJA félicite le Président et les membres du Groupe de travail pour les suggestions qu'ils formulent dans le rapport. Toutefois, le sous-titre de l'étude proposé par le Groupe de travail pose un problème. Lorsqu'elle a élaboré les articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, la Commission est partie du principe que les activités susceptibles d'entraîner des dommages transfrontières étaient licites en soi mais sans exclure l'existence d'une obligation de prévention incombant à l'État sur le territoire duquel ces activités étaient menées. À l'article premier du projet d'articles, ces activités sont caractérisées comme étant non interdites par le droit international, indépendamment

du respect de l'obligation de prévenir leurs conséquences préjudiciables. Les conséquences préjudiciables découlant de ces activités non interdites par la loi peuvent donc être dues à la fois à des activités menées lorsque l'obligation de prévention est pleinement respectée et à des activités qui sont seulement licites en soi mais qui constituent des violations de cette obligation de prévention. Dans ce dernier cas, il y a fait internationalement illicite puisqu'il y a manquement à l'obligation de prévention. D'un autre côté, les activités qui ne sont pas interdites par le droit et qui sont menées dans le respect de l'obligation de prévention mais qui causent toutefois des dommages sont des activités pour lesquelles l'expression « non-prévention d'un dommage » ne semble pas appropriée. Elle donne en effet à penser qu'il y a eu manquement à une obligation. En conséquence, M. Gaja propose une formule encore plus neutre que celle suggérée par M. Pellet, soit : « Responsabilité internationale en cas de sinistre transfrontière découlant d'activités dangereuses » (*International liability in case of loss from transboundary harm arising out of hazardous activities*).

30. Le Groupe de travail n'aborde pas dans son rapport la question de savoir sur quoi débouchera le travail de la Commission. Il pourrait s'agir d'une convention-cadre qui établirait des règles de fond concernant la responsabilité, qu'il s'agisse de celle des exploitants ou de celle des États. Un tel régime ne pourrait être viable que si tous les États concernés sont liés par une telle convention. Dans le cas contraire, un exploitant pourrait devoir faire face à des réclamations supplémentaires pour les mêmes pertes dans un État non partie à la convention. Il ne serait pas protégé par le plafond mentionné au paragraphe 13. En outre, un État ne serait naturellement pas disposé à indemniser en partie un autre État ayant subi une perte s'il n'est pas assuré que cet État sera tenu de faire de même le cas échéant. Une définition précise du champ d'application de cette convention et l'adoption de règles de juridiction constitueraient des facteurs importants pour persuader les États d'accepter d'être liés par cet instrument.

31. Contrairement au projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses adopté par la Commission à sa cinquante-troisième session, en 2001, les règles envisagées dans le rapport du Groupe de travail ne sont pas susceptibles d'être transformées en règles de droit international général. Elles ne s'appliqueraient que si les États étaient liés par une convention qui les consacrerait. Par conséquent, la nouveauté de l'exercice réside non seulement dans les éléments de fond qui caractériseront les règles sur la responsabilité mais aussi dans la tentative d'élaborer un projet de régime conventionnel qui ne pourra fonctionner que si un grand nombre d'États acceptent d'être liés par lui. Si la Commission est habilitée à entreprendre une telle tâche, il faudra toutefois donner des éclaircissements sur le but qui est visé afin de ne pas donner l'impression qu'elle adopte des règles générales de même nature que celles qu'elle a adoptées l'année précédente. La Commission peut seulement ébaucher un projet de régime sur la base duquel les États négocieraient en vue soit d'élaborer un traité général soit plusieurs traités spécifiques portant sur des domaines non encore couverts pour le type de dommages que la Commission examine actuellement.

32. M. KAMTO remercie le Président et les membres du Groupe de travail d'avoir défini, dans leur rapport, les orientations qui devraient permettre à la Commission, si tous ses membres s'attèlent à la tâche, d'approfondir ce sujet complexe et technique en vue de dégager, sur la base des instruments juridiques internationaux existants, un ensemble de principes de droit international qui pourraient déboucher, comme l'a suggéré M. Gaja, sur une convention-cadre. En tout état de cause, c'est aux États qu'il appartiendra de décider de la forme définitive que prendra le travail de la Commission.

33. S'agissant du titre de l'étude, M. Kamto appuie la modification proposée par M. Pellet. Il préférerait toutefois qu'on ne parle pas d'activités dangereuses mais d'activités non interdites par le droit international. En effet, il s'agit d'étudier la question de l'imprévision et non pas la question de la non-prévention, laquelle relève du régime classique de la responsabilité des États tel que la Commission l'a abordé l'année précédente et non pas du régime de la « *liability* ». Lorsqu'on dit qu'une prévention est inefficace ou insuffisante, cela peut entrer dans le cadre de la « *liability* » mais on peut aussi aborder la question sous l'angle du régime de la responsabilité classique dès lors qu'un État n'a pas pris toutes les mesures relevant de l'obligation de moyens. On peut dans ce cas effectivement conclure à sa responsabilité, la distinction entre obligation de moyens et obligation de résultat n'étant pas sans intérêt à cet égard. En résumé, il semble que le régime que la Commission se propose d'élaborer vise les activités non interdites par le droit international, qu'elles soient dangereuses ou non.

34. Le paragraphe 3 du rapport soulève le problème de l'imprévision et on pourrait à ce propos se demander si cette question ne devrait pas être abordée en liaison avec le principe de précaution, à supposer que ce principe soit à l'heure actuelle considéré comme une norme du droit international. La Commission, qui n'a pas examiné de façon assez approfondie le principe de précaution l'année précédente, devrait à présent déterminer en quoi il diffère du principe de prévention. Si le principe de précaution existe en tant que norme du droit international, cela influera sur la manière dont la Commission conduira son étude.

35. À ce propos, les trois points indiqués au paragraphe 7 du rapport qu'il est proposé d'examiner dans le cadre de l'étude méritent d'être développés à la lumière des remarques formulées par M. Kateka à propos de la protection de l'environnement. Par ailleurs, les activités non interdites par le droit international ne devraient pas être examinées uniquement sous l'angle de la prévention mais globalement afin de ne pas décevoir les attentes de la Sixième Commission.

36. M. PELLET estime que ce n'est pas le moment de s'interroger sur le principe de précaution et reconnaît que la Commission a peut-être manqué, l'année précédente, l'occasion d'examiner les liens bien réels qui existent entre ce principe et le principe de prévention. Cela dit, même si le principe de précaution n'apparaît pas dans le projet d'articles sur la prévention, il est mentionné dans le commentaire. Enfin, le principe de précaution pourrait fort bien constituer un sujet possible d'étude pour la Commission.

37. S'agissant du titre de l'étude, le Président du Groupe de travail voudra peut-être préciser si « Responsabilité internationale pour la non-prévention d'un sinistre transfrontière découlant d'activités dangereuses » est un titre ou un sous-titre. En effet, s'il s'agit d'un sous-titre, la proposition de M. Kamto est loin d'être évidente parce qu'on aura déjà indiqué dans le titre qu'il s'agit de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international. La Commission a tâtonné une quinzaine d'années pour cerner le sujet. Elle a finalement décidé de se limiter, dans un premier temps, aux activités dangereuses. Il serait donc plus sage d'épuiser ce sujet avant d'examiner les activités qui ne présentent pas de danger particulier.

38. M. Pellet aimerait aussi savoir pourquoi il est question dans la version anglaise du titre de « *loss* » et non pas de « *damage* » et pourquoi le mot « *loss* » a été traduit en français par « sinistre » et non pas par « dommages ».

39. M. KAMTO appelle l'attention de la Commission sur le paragraphe 5 du rapport où il est dit que le Groupe de travail a reconnu que les États devaient être libres, dans une mesure raisonnable, d'autoriser la réalisation des activités qu'ils souhaitaient sur leur territoire, sous leur juridiction ou sous leur contrôle, même si ces activités pouvaient causer un dommage transfrontière. Une telle phrase serait lourde de sens si le principe de précaution existait en droit international. C'est pourquoi M. Kamto estime qu'il y a peut-être lieu d'examiner ce principe, quelle que soit la forme que pourrait revêtir cet examen.

40. M. TOMKA dit que la Commission devrait aligner sa terminologie sur celle utilisée l'année précédente et qu'en français il conviendrait donc de remplacer « sinistre transfrontière » par « dommage transfrontière ».

41. M. SEPÚLVEDA souscrit aux félicitations adressées au Groupe de travail et à son Président et se réjouit, comme l'ont fait observer MM. Mansfield et Kateka, ainsi que le Président du Groupe de travail, que le Groupe ait établi un rapport positif, en s'attachant à ouvrir des perspectives plutôt qu'à recenser les obstacles et les difficultés.

42. S'agissant du sous-titre du sujet, il conviendrait d'en aligner le texte espagnol sur les textes anglais et français correspondants. Toujours du point de vue terminologique, on peut se demander si le mot « *empresa* » utilisé en espagnol correspond bien aux mots « *operator* » ou « exploitant » utilisés en anglais et en français. De même, il conviendrait de préciser ce qu'il faut entendre par « *patrimonio nacional* » (propriété de l'État) et « *patrimonio del Estado* » (patrimoine national).

43. Quant au fond, il s'agit pour la Commission de s'efforcer de dégager des formules permettant de répartir la charge des pertes causées par un dommage entre les divers intervenants dans l'activité. À cet égard, trois questions principales doivent être posées, à savoir qui a autorisé l'activité, qui l'a gérée et qui en a tiré profit. Le rôle de l'État est primordial, puisqu'il s'agira d'élaborer des systèmes internes et internationaux appropriés pour répartir équitablement ces pertes.

44. Par ailleurs, il conviendra d'étudier comme il se doit la question de la responsabilité subsidiaire à attribuer à l'État en cas de dommage. En fait, si l'exploitant doit bien être le responsable principal dans tout régime d'imputation des pertes, il peut dans certains cas ne pas avoir les moyens de réagir et la responsabilité de l'État qui a autorisé l'activité doit pouvoir alors être mise en œuvre. Enfin, il est essentiel d'établir des mécanismes tels que ceux envisagés au paragraphe 16 du rapport du Groupe de travail ainsi que des procédures garantissant la réparation ou l'indemnisation afin que la victime innocente n'ait pas à supporter le dommage.

45. M. BROWNLIE, après s'être félicité que M. Sreenivasa Rao ait accepté d'être rapporteur spécial pour le sujet, rappelle qu'il avait à l'origine, face au sujet de la responsabilité internationale, une position comparable à celle de M. Simma, à savoir une attitude de scepticisme proche de l'hostilité. La version initiale du projet sur la responsabilité internationale avait d'ailleurs été source de malentendus qui persistent probablement encore à la Sixième Commission. Son attitude a changé une fois que les travaux sur la prévention ont été achevés avec succès et M. Brownlie indique qu'il a compris alors que la Commission pouvait étudier plusieurs sujets autonomes mais connexes qui ne feraient pas double emploi avec le sujet de la responsabilité des États. Il souligne à cet égard que, s'il a voulu être membre du Groupe de travail, c'est tout d'abord pour protéger la responsabilité de l'État de nouvelles sources de confusion. Il est important de comprendre que le sujet de la prévention concernait la gestion du risque et que la Commission est maintenant passée au stade suivant de ses travaux. Ce qui sépare le sujet à l'examen de celui de la responsabilité des États, c'est d'abord que le fondement de la réclamation est distinct, mais aussi que la procédure applicable devra être distincte et pourrait éventuellement être définie dans un accord-cadre ou un mécanisme multilatéral pour traiter les réclamations au titre des dommages causés.

46. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA fait observer que le sujet est nouveau sans l'être et que cette ambiguïté explique peut-être pourquoi il a été dans le rapport à l'examen traité de façon inégale. Ceci ressort des paragraphes consacrés à la portée du sujet, dont certains aspects semblent avoir été laissés de côté, mais aussi de l'accent qui a été mis sur l'articulation du régime envisagé autour de deux acteurs, l'exploitant et l'État. Cette inégalité apparaît aussi à la lecture du paragraphe 16, où sont abordées des questions qui n'ont pas été du tout examinées dans le rapport alors qu'elles se situent au cœur du débat. Il s'agit en effet d'organiser un système de réparation, et si le terme *liability* utilisé en anglais renvoie bien à la réparation, alors il faut entendre celle-ci comme la mise en œuvre de la responsabilité. Ceci permettrait de comprendre pourquoi le Président du Groupe de travail s'efforce d'établir une relation entre le travail en cours et les travaux accomplis sur la prévention, qui se sont achevés par l'adoption de 19 articles. Si tel est le cas, le rapport du Groupe de travail appelle deux observations d'ordre général. La première est que l'entreprise porte sur les mécanismes de mise en œuvre de la responsabilité pour non-prévention d'un dommage transfrontière, et M. Pambou-Tchivounda se demande si les mécanismes en question ne doivent pas être envisagés au sens du droit général de la responsabilité internationale de l'État, sous l'angle de la réparation en cas de violation de l'obligation internationale de prévention. L'article 19 du projet d'articles sur la prévention des dommages

transfrontières résultant d'activités dangereuses, relatif au règlement des différends, envisage pratiquement tous les cas de figure imaginables et on peut se demander si ce n'est pas dans ce type de disposition que les questions qui se posent pourraient trouver un début de solution. Cet article 19 paraît donc devoir orienter la manière d'aborder les aspects techniques du sujet. Dans le rapport du Groupe de travail, la section concernant la portée du sujet est incomplète et c'est là qu'il faudrait expliciter la relation entre le projet d'articles sur la prévention et le travail en cours. Peut-être le Rapporteur spécial pourra-t-il, dans son rapport préliminaire, donner de cette portée une description plus développée et davantage axée sur la relation avec la prévention.

47. D'autre part, on relève dans le rapport du Groupe de travail l'absence d'indications structurées sur le régime de réparation. Cette question est traitée de manière trop sommaire car tout s'articule autour de l'exploitant et de l'État. Diverses questions se posent à cet égard. S'agissant par exemple de l'exploitant, le paragraphe 10 du rapport évoque des notions fondamentales, comme celle de la maîtrise directe, sans donner d'explications. De même, par « remise en état » faut-il entendre *restitutio in integrum* ou retour au *statu quo ante* ? Il s'agit là de questions essentielles et des précisions s'imposeraient à cet égard.

48. Pour ce qui est du rôle de l'État, des distinctions sont faites implicitement, par exemple la distinction entre responsabilité principale de l'exploitant et responsabilité subsidiaire ou secondaire de l'État. Le paragraphe 14 ne donne aucune indication sur les conséquences d'une telle distinction. De même, la question du statut de l'État en tant qu'exploitant renvoie au droit interne des États et il faut espérer que, dans son rapport préliminaire, le Rapporteur spécial donnera des indications sur ce point et au moins sur les grands systèmes qui régissent le rôle de l'État en tant qu'exploitant. Devraient de même être développées les questions mentionnées au paragraphe 16 du rapport du Groupe de travail, de manière que la Commission puisse donner au Rapporteur spécial des orientations pour la poursuite des travaux.

49. M. CANDIOTI dit qu'en espagnol le sous-titre du sujet, placé entre parenthèses, prête à confusion, et qu'il devrait être, sur le modèle de ce qu'a suggéré M. Gaja, « *Responsabilidad en caso de daño transfronterizo resultante de actividades peligrosas* ». Quant à la forme que pourrait prendre le résultat final des travaux de la Commission, il serait prématuré de se prononcer.

50. Mme XUE souligne que la responsabilité pour les dommages causés à l'environnement est une question fort complexe tant en droit interne qu'en droit international. Depuis la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (Rio de Janeiro, 3-14 juin 1992), le droit de l'environnement a connu des modifications profondes et il n'est donc pas étonnant que la Sixième Commission ait demandé à la Commission d'étudier le sujet de la responsabilité internationale en cas de dommage transfrontière après l'achèvement des travaux sur la prévention.

51. La question essentielle en la matière est de savoir si une responsabilité objective peut être établie à titre général pour les dommages environnementaux. Il faut se demander si, lorsqu'un État mène des activités dangereuses susceptibles de causer un dommage transfrontière, sa responsabilité doit être accrue même lorsqu'il a exécuté ses obligations de prévention. À cet égard, deux aspects de la question devraient retenir l'attention de la Commission : premièrement, comment développer le principe pollueur-payeur en droit international et, deuxièmement, quels seraient le rôle et la responsabilité des États à cet égard. En dernière analyse, la responsabilité internationale pour dommage transfrontière est une question de répartition des pertes et de répartition des ressources; en termes économiques, on pourrait parler de « répartition corrective des ressources ». Ce processus a des implications non seulement juridiques mais aussi politiques et économiques. Il existe à l'heure actuelle des systèmes d'imputation de la responsabilité internationale, par exemple dans le domaine nucléaire, dans celui des activités spatiales, dans celui des transports maritimes et des mouvements internationaux de déchets dangereux. Les mécanismes prévus dans le cadre de ces régimes peuvent servir de base à l'étude de la Commission, même si nombre d'entre eux n'ont pas un caractère international mais régional, et plus particulièrement européen ou nord américain. Le Groupe de travail a tenu compte de ces régimes et des questions qui devront être traitées ultérieurement, et les observations de M. Gaja à cet égard sont fort constructives. Quelle que soit la forme que prendront les résultats des travaux de la Commission, deux questions demeurent essentielles, à savoir dans quelle mesure ces résultats répondront aux besoins et aux attentes des États et de la communauté internationale, et dans quelle mesure les États les accepteront en tant que règles internationales.

52. Le PRÉSIDENT fait observer que la Commission n'a pas encore officiellement nommé M. Sreenivasa Rao rapporteur spécial pour le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale pour la non-prévention d'un sinistre transfrontière découlant d'activités dangereuses) et qu'elle est tenue de le faire. Il croit comprendre cependant que la Commission souhaite effectivement désigner M. Sreenivasa Rao rapporteur spécial pour ce sujet.

Il en est ainsi décidé.

La séance est levée à 13 heures.

2744e SÉANCE

Vendredi 9 août 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Baena Soares, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi,

M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Niehaus, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Sreenivasa Rao, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) *[fin]* (A/CN.4/L.627[1])

[Point 6 de l'ordre du jour]

RAPPORT DU GROUPE DE TRAVAIL *(fin)*

1. Le PRÉSIDENT invite M. Sreenivasa Rao, Président du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international et Rapporteur spécial, à donner des éclaircissements sur l'intitulé du sujet.

2. M. Sreenivasa RAO (Président du Groupe de travail sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international et Rapporteur spécial) explique que les mots entre parenthèses « (responsabilité internationale pour la non-prévention d'un sinistre transfrontière découlant d'activités dangereuses) » qui figurent dans l'intitulé du rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.627) constituent un sous-titre. S'agissant de ce sous-titre, les mots « pour la non-prévention » ont soulevé quelques difficultés au sein du Groupe de travail, eu égard notamment au fait que la Commission voulait éviter tout lien entre ce sujet et les questions de la responsabilité (*responsibility*) et de l'interdiction examinées précédemment sous d'autres points de l'ordre du jour. Aussi M. Gaja a-t-il suggéré de remplacer les mots en question par « en cas de ». Le nouveau sous-titre serait libellé comme suit : « (Responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses) ».

3. Le PRÉSIDENT dit qu'en l'absence d'objection il considérera que le sous-titre proposé est acceptable pour la Commission.

Il en est ainsi décidé.

4. M. CHEE déclare qu'étant donné la place de premier plan prise par les questions d'environnement depuis la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement de 1992 et l'évolution continue du droit international dans ce domaine, il est vivement partisan que la Commission poursuive ses travaux sur la question à l'examen, en vue de l'élaboration d'une convention.

5. M. AL-BAHARNA dit que le sous-sujet de la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, sur lequel la Commission a terminé ses travaux à la session précédente[2], serait traité de façon incomplète si la question de la responsabilité (*liability*) à raison de tels dommages affectant le territoire d'un autre État n'était pas examinée plus avant. Le sujet a été approuvé par l'Assemblée générale[3], et il n'y a aucune raison pour que la Commission ne s'efforce pas d'en poursuivre l'étude jusqu'à une conclusion satisfaisante, prenant la forme d'un projet d'articles qui puisse ultérieurement devenir une convention-cadre intégrant les deux sujets de la prévention et de la responsabilité. L'étude de cette question de la responsabilité est un exercice utile qui mérite d'être entrepris et le rapport du Groupe de travail constitue un bon point de départ.

6. Le paragraphe 2 du rapport n'indique pas clairement ce qui permet de considérer comme entendu « que le non-accomplissement par l'État des obligations de prévention qui lui incomb[ent] selon le projet d'articles antérieur sur la prévention » engage sa responsabilité. Le projet d'articles devrait contenir une disposition expresse en ce sens; or, jusqu'à présent, il n'y en a pas.

7. Au paragraphe 3, le mot « *prove* » dans le texte anglais devrait être au passé et, à la dernière phrase, « *and* » devrait être remplacé par « *the* ». Au paragraphe 5, les mots « par exemple de l'indemnisation » devraient être remplacés par l'expression « telle que la remise en état et/ou l'indemnisation », dans un souci de cohérence avec le paragraphe 10. M. Al-Baharna souscrit à l'affirmation figurant au paragraphe 6 selon laquelle le dommage causé à l'environnement dans les zones situées au-delà des juridictions nationales doit être exclu de l'étude, pour les raisons formulées dans ce paragraphe.

8. L'expression « il est entendu » figurant au paragraphe 7 devrait être remplacée par l'expression plus forte « il est convenu ». De plus, le seuil visé à l'alinéa *b* de ce paragraphe devrait être défini comme étant le dommage significatif, par souci de cohérence avec le sous-sujet de la prévention et afin d'éviter de perdre du temps à établir un seuil différent pour l'imputation des pertes, tâche qui s'avérerait sans doute très difficile étant donné les difficultés qu'a rencontrées la Commission pour se mettre d'accord sur l'expression « dommage significatif ».

9. La question de l'imputation détaillée des pertes à l'exploitant et à l'État ou aux États en cause, traitée aux paragraphes 10, 13, 14 et 15, se révélera sans doute l'un des aspects les plus difficiles du sujet. De plus, selon le principe du « partage équitable des pertes » mentionné au paragraphe 14 et le principe affirmé au paragraphe 9 selon lequel la victime innocente ne doit pas avoir à supporter la charge de la perte, la responsabilité résiduelle de l'État devrait sans doute aucun être engagée en toutes circonstances, et non pas simplement dans des circonstances exceptionnelles comme le considèrent certains membres de la Commission.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (2e partie), chap. VII, sect. C, p. 94.

[2] Voir 2724e séance, note 2.

[3] Voir 2743e séance, note 4.

10. M. ADDO rappelle que le sujet de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international a connu des hauts et des bas, et qu'il a à un certain moment été réellement menacé de sombrer dans l'oubli. Quelle qu'en soit la raison, ce sujet suscitait un rejet chez certains membres. Néanmoins, grâce au remarquable traitement de la partie « prévention » par le Rapporteur spécial, ce sujet de la responsabilité (*liability*) a été ressuscité sous la forme présentée maintenant à la Commission et constitue dans cette optique une suite naturelle du sujet de la prévention. Cette évolution est bienvenue. Mais M. Addo, étant réaliste, craint que la poursuite de l'étude du sujet sous sa forme actuelle ne pose des problèmes. Ce qui le rassure est le fait que le Rapporteur spécial n'a laissé à la Commission aucun doute quant à la capacité qu'il a de parcourir le chemin long et tortueux qui s'annonce. Il est également rassurant de voir que certains anciens opposants à l'étude de ce sujet ont été convaincus de changer d'avis. En conclusion, M. Addo est favorable à l'adoption du rapport.

11. M. FOMBA dit qu'il est trop tard pour que la Commission renonce à traiter le sujet, comme certains membres l'ont préconisé, et ce, pour plusieurs raisons, à savoir : premièrement, la demande faite par les États au paragraphe 3 de la résolution 56/82 de l'Assemblée générale; deuxièmement, l'engagement de la Commission, marqué il est vrai de beaucoup d'hésitations et de tâtonnements, dans un long processus pour trouver la meilleure voie d'attaque du sujet; et, troisièmement, l'achèvement du volet de la prévention, et la nécessité de clarifier la relation entre le sujet et celui de la responsabilité de l'État. Deux attitudes sont possibles : soit on considère que tout se ramène à la question de la violation de l'obligation de prévention, auquel cas il n'y a pas matière à discussion; soit on considère que ce n'est pas le cas et il faut alors définir avec rigueur la plus-value qu'apporte le présent sujet par rapport à celui de la prévention. La majorité de la Commission semble partager ce second point de vue.

12. Pour M. Fomba, le rapport du Groupe de travail constitue une bonne base de réflexion. Le Groupe propose quelques principes solides pour guider la Commission dans ses futurs travaux sur le sujet. Le paragraphe 3 contribue à tracer la frontière entre les deux sujets de la « *liability* » et de la responsabilité des États; le paragraphe 4 énonce le concept utile de répartition de la charge des pertes; les paragraphes 6 et 7 recommandent de limiter la portée du reste du sujet aux activités couvertes dans le cadre du sujet de la prévention; et les paragraphes 9 à 15 énoncent un certain nombre de principes utiles. Quant aux questions supplémentaires mentionnées au paragraphe 16, pour autant qu'elles ne posent pas de problèmes techniques insurmontables, la Commission devrait les examiner. Les conclusions préliminaires du Groupe vont globalement dans le bon sens et reflètent le souci de trouver un équilibre entre les différents intérêts en cause, lequel ne doit cependant pas nuire à l'efficacité du système de régulation à établir. La Commission doit à présent approfondir la réflexion sur le sujet, en vue de répondre positivement à l'attente des États.

13. M. DAOUDI dit que le rapport du Groupe de travail montre que ce sujet offre des possibilités de développement, conformément aux vœux qui seront ultérieurement exprimés par les États. Il aurait souhaité trouver mention, dans l'introduction du rapport, de la décision de traiter en tant que sujet séparé la responsabilité pour non-prévention. D'autre part, le rapport ne traite en profondeur que d'une seule situation dans laquelle la responsabilité peut être engagée à raison d'activités dangereuses, à savoir celle où sont impliqués un exploitant et l'État. Dans ce cas, la responsabilité imputable à l'État est qualifiée de résiduelle. Il n'est fait qu'indirectement allusion au cas où l'État est lui-même l'exploitant, au paragraphe 5 et à la fin du paragraphe 15. Cette situation aurait dû être examinée de façon plus complète dans le rapport. Enfin, les questions supplémentaires énumérées au paragraphe 16 sont manifestement de la plus grande importance. Cependant, la direction que prendront les travaux futurs de la Commission sur le sujet dépendra des réactions des États à la Sixième Commission.

14. M. MOMTAZ demande au Rapporteur spécial si les biens désignés à l'alinéa *c* du paragraphe 7 comme relevant du « patrimoine national » se limitent à des biens matériels ou peuvent être aussi des biens immatériels. Cette question est actuellement à l'examen à l'UNESCO, et l'expression « patrimoine national » devra donc être définie plus clairement.

15. M. Sreenivasa RAO (Président du Groupe de travail et Rapporteur spécial) indique que la définition de cette expression n'a fait l'objet d'aucun débat approfondi au sein du Groupe de travail. L'avis a cependant été émis que le terme « biens » ne comprendrait pas certaines œuvres d'art qui sont sans prix, ou certains trésors nationaux auxquels aucune valeur économique précise ne saurait être attribuée.

16. M. BROWNLIE explique que le Groupe a estimé que la perte causée par un sinistre transfrontière ne doit pas se limiter à certains types de biens. Le terme originel, « environnement », ne couvrait pas la totalité des situations; le libellé actuel pourrait cependant être affiné par la suite. Certains biens meubles, sans faire partie du territoire national, font partie du patrimoine national, et le droit qui leur est applicable est le droit international public. L'accord conclu entre l'Égypte et le Royaume-Uni à propos du transport des objets de l'exposition Toutankhamon en offre un exemple, et la réclamation du Cambodge dans l'affaire du *Temple de Préah Vihéar* un autre, dans la mesure où elle concernait également des stèles et d'autres biens meubles enlevés par l'État défendeur.

17. M. KABATSI dit que, pour les nombreuses raisons exposées par d'autres membres, aux interventions desquels il souscrit entièrement, il est favorable à l'étude du sujet par la Commission sur la base du rapport du Groupe de travail. Il a toujours été fermement convaincu que lorsqu'une perte ou un préjudice résultent d'une activité entreprise par autrui dans un but lucratif, qu'il s'agisse à l'origine d'une activité nationale ou internationale, l'indemnisation de la victime innocente doit en toute justice et équité en être la suite logique. Que l'activité lucrative soit en soi licite est sans importance, dès lors qu'elle a fait une victime innocente. C'est dans cet esprit

que M. Kabatsi appuie le rapport du Groupe de travail et s'en félicite.

18. Le PRÉSIDENT dit qu'étant donné l'intérêt du débat sur le rapport du Groupe de travail la Commission souhaitera peut-être, par exception à sa procédure habituelle, adopter ce rapport globalement, au lieu de procéder paragraphe par paragraphe.

Il en est ainsi décidé.

L'ensemble du rapport du Groupe de travail est adopté.

19. M. Sreenivasa RAO (Président du Groupe de travail et Rapporteur spécial) dit qu'après l'adoption du rapport du Groupe de travail, il tient à remercier tous ceux qui ont participé au débat. Des observations très utiles ont été formulées : les difficultés qui s'attachent à la poursuite de l'étude du sujet ont été mises en lumière, et le risque de susciter des attentes irréalistes a été signalé. Un travail beaucoup plus étendu pourrait être fait sur la question mais, pour l'essentiel, le consensus est qu'il faut en priorité assurer aux victimes innocentes d'activités dangereuses se situant dans un contexte transfrontière des secours, une prompte justice et une indemnisation appropriée.

20. Il n'est pas douteux qu'en dehors des questions de compétence et de juridiction le sujet fait intervenir des considérations de politique générale, présente des aspects économiques et soulève des questions de quantification des réclamations. Il y a des limites au travail que peut réaliser la Commission sur ces divers aspects, étant un organe juridique qui a son mandat propre et ne dispose pas des connaissances spécialisées nécessaires dans certains domaines. Toutefois, même quand il ne possède pas les connaissances d'un spécialiste en sciences, en économie ou en mathématiques, un avocat peut, lorsqu'il plaide devant un tribunal, évoquer ces domaines de façon efficace.

21. Le sujet suppose une réflexion collective : les travaux le concernant ne sont en aucune façon de la seule responsabilité du Rapporteur spécial. Ce dernier est ouvert à toute proposition, dès lors qu'elle est faite dans un esprit constructif, d'autant que le sujet est à l'étude depuis plus de 25 ans et que, pendant tout ce temps, cette étude a souffert d'interférences avec d'autres domaines et d'attentes qui n'avaient pas lieu d'être. Les nombreuses suggestions faites sur le fond seront prises en compte en temps voulu. Les questions de procédure joueront également un rôle crucial, mais le Groupe de travail a estimé que les questions de fond et les questions de procédure étaient depuis si longtemps mêlées qu'il fallait commencer par opérer un tri avant que les travaux puissent avancer. C'est exactement ce qui a été fait.

22. Le Rapporteur spécial est certain qu'une fois que la question aura été débattue à l'Assemblée générale, un plan de travail plus élaboré des travaux sera mis au point, de manière que la Commission puisse s'acquitter du mandat qui lui a été confié.

Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (A/CN.4/L.629)

[Point 10 de l'ordre du jour]

Rapport du Groupe de planification

23. M. CANDIOTI (Président du Groupe de planification), présentant le rapport du Groupe de planification (A/CN.4/L.629), explique que celui-ci est divisé en cinq sections concernant les principaux points à l'ordre du jour du Groupe. Il appelle l'attention de la Commission sur des modifications rédactionnelles apportées aux versions française et espagnole du paragraphe 10 et aux titres de certains sujets figurant dans le programme de travail pour la période 2003-2006, joint en annexe au document. Enfin, il remercie tous les membres du Groupe de planification pour leurs efforts et le secrétariat pour l'aide qu'il a apportée.

24. M. GAJA fait observer que, dans le titre et le texte en anglais du paragraphe 10, le pluriel du mot latin « *honorarium* » doit se lire « *honoraria* ». Dans le même paragraphe, dans la dernière phrase du texte qu'il est recommandé d'inclure dans le rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session, les mots « les membres de » devraient être ajoutés avant « la Commission », puisque ce sont les membres, et non pas la Commission, qui perçoivent les honoraires symboliques en question.

Il en est ainsi décidé.

25. M. MANSFIELD estime satisfaisant le rapport du Groupe de planification et, ne voulant pas rouvrir le débat, il se contentera de faire une proposition. La troisième phrase du paragraphe 7 fait mention d'une proposition présentée au Groupe par M. Pellet et Mme Escarameia, dont un volet visait à assurer une représentation hommes-femmes plus équilibrée au sein de la Commission. Tout en comprenant les raisons pour lesquelles cette proposition n'a pas été adoptée, M. Mansfield estime qu'il conviendrait néanmoins d'ajouter, soit au paragraphe 7 soit ailleurs, un passage reflétant l'esprit de cette proposition. Ce passage pourrait être libellé comme suit : « La Commission, qui se félicite de compter, pour la première fois, deux femmes parmi ses membres, a rendu hommage à la contribution qu'elles ont apportée à la première session du nouveau quinquennat. La Commission a également noté avec satisfaction que le nombre de femmes dont les compétences en droit international sont reconnues ne cesse d'augmenter. Elle considère que cette évolution se verra vraisemblablement confirmée lors des présentations de candidatures et des élections du prochain quinquennat et des quinquennats suivants ». Cette proposition ne contient aucun élément de fond. Il s'agit simplement d'une série de déclarations qui, de l'avis de M. Mansfield, traduisent le sentiment de la Commission.

26. M. Sreenivasa RAO déclare que, tout en accueillant favorablement le texte proposé, auquel il souscrit, il ne pense pas que la Commission doive distinguer dans ses félicitations les deux femmes membres. Celles-ci sont devenues membres de la Commission en raison de leur

mérite propre, et leur participation a apporté une valeur ajoutée au travail de la Commission. Un accroissement du nombre de femmes à la Commission serait bienvenu.

27. M. KABATSI appuie la proposition de M. Mansfield, qui exprime la réalité des faits. Il juge important, lui aussi, de marquer l'entrée des femmes à la Commission et de reconnaître la contribution qu'elles y ont apportée.

28. M. SIMMA appuie avec vigueur la proposition opportune de M. Mansfield. D'un autre côté, il pense comme le Président du Groupe de travail qu'une félicitation distincte adressée aux membres de sexe féminin risque d'apparaître légèrement condescendante. Cette partie du texte proposé par M. Mansfield devrait peut-être être supprimée.

29. M. KATEKA, remerciant M. Mansfield d'avoir attiré l'attention sur les points soulevés par M. Pellet et par Mme Escarameia, explique qu'il a lui aussi présenté une proposition, relative à un système de rotation des membres du bureau sur une base géographique, dont il est également fait état au paragraphe 7 du rapport du Groupe de planification. Il ne semble y avoir aucun fondement logique au fait qu'au début de chaque quinquennat le Président de la Commission soit issu d'un groupe régional spécifique, et à la fin d'un autre groupe spécifique. Sa proposition n'ayant bénéficié d'aucun appui, M. Kateka a accepté cette position conservatrice.

30. Tout en souscrivant à la proposition de M. Mansfield, M. Kateka préférerait que l'on dise, non pas « deux femmes », mais « des femmes », par analogie avec la pratique générale des Nations Unies selon laquelle on ne précise pas le nombre d'orateurs se prononçant pour ou contre une proposition. Le texte proposé pourrait également préciser que l'entrée de femmes à la Commission constitue une première étape d'une démarche d'équité entre les sexes visant à refléter les réalités du monde contemporain.

31. M. OPERTTI BADAN dit que, sans vouloir rien retirer aux mérites de la proposition de M. Mansfield, il souscrit aux observations présentées par le Président du Groupe de travail et par M. Simma. Il paraît quelque peu condescendant, voire absurde, de féliciter les membres féminins de la Commission pour autre chose que pour leurs qualités de juristes. Leur présence doit être signalée comme une évolution, rien de plus.

32. M. PELLET estime que la deuxième phrase de la proposition de M. Mansfield est effectivement condescendante et paternaliste. Quant au reste du texSte, la Commission a de bonnes raisons de se féliciter de la présence de femmes parmi ses membres mais il doute que le rapport du Groupe de planification soit réellement le lieu de le dire. Le paragraphe 7 du rapport du Groupe devrait rester inchangé et la proposition de M. Mansfield devrait être incorporée à un autre endroit du rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-quatrième session.

33. M. Pellet regrette que le Groupe de planification n'ait pas repris, non seulement sa proposition relative à une représentation hommes-femmes équilibrée, mais également sa proposition d'un renouvellement partiel de la Commission. Il continue à penser qu'un renouvellement partiel serait préférable au renouvellement global pratiqué actuellement, qui semble d'ailleurs avoir créé des problèmes à la session en cours.

34. M. KAMTO dit qu'il soutient l'idée de rendre hommage à la contribution aux travaux des deux femmes membres de la Commission et d'affirmer qu'on peut espérer que leur élection signale le début d'une nouvelle tendance. Le texte proposé va néanmoins un peu loin, et pourrait avoir un effet opposé à l'effet recherché. La décision de proposer des femmes comme candidates relève des droits souverains des États et il n'appartient pas à la Commission de se mêler du choix des candidats.

35. M. BROWNLIE indique qu'il n'est pas totalement opposé à la proposition de M. Mansfield mais qu'il est pleinement d'accord avec M. Kamto pour estimer qu'elle a un ton quelque peu condescendant. Le rapport devrait simplement indiquer que la Commission a pris note avec satisfaction de la participation de femmes à ses travaux et invite instamment les États à tenir compte de cette évolution dans le choix des candidats proposés à l'avenir.

36. M. GALICKI indique qu'il soutient sur le fond la proposition de M. Mansfield, mais que la forme est légèrement inadaptée. Ce n'est pas le Groupe de planification, mais la Commission qui doit faire part de sa satisfaction devant la participation de femmes à ses travaux. Il estime donc avec M. Pellet que le texte doit s'insérer à un autre endroit du rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session, peut-être sous le point « Questions diverses » de l'ordre du jour.

37. M. AL-BAHARNA pense comme M. Galicki et M. Pellet que le rapport du Groupe de planification n'est pas le lieu indiqué pour insérer le texte proposé par M. Mansfield. Il approuve la première phrase, mais préférerait que les deux phrases suivantes soient supprimées. Il faut rappeler d'ailleurs que la présence de femmes à la Commission a été saluée au tout début de la session.

38. Mme ESCARAMEIA dit qu'ayant été l'une des rares à apporter son appui à la proposition de M. Pellet, à laquelle il est fait référence indirectement au paragraphe 7 et qui a été retirée faute de soutien, et ayant essayé ultérieurement de proposer une modification de l'article 8 du statut de la Commission afin d'inviter les électeurs à garder à l'esprit un certain nombre de critères pour la présentation des candidatures à la Commission, notamment l'équilibre hommes-femmes, elle appuie chaleureusement la proposition de M. Mansfield. Son libellé n'est cependant pas entièrement satisfaisant : la mention de la contribution apportée par les nouveaux membres féminins pourrait ne pas être approuvée par tous les membres et, en tout état de cause, risque de paraître condescendante, impliquant que la Commission est avant tout un organe composé d'hommes ayant accueilli deux femmes, qui seraient des éléments étrangers et dont les hommes évaluent la compétence. L'idée, exprimée dans la deuxième phrase, que le nombre de femmes de compétence reconnue en droit international est en augmentation n'est pas nécessairement exacte : il y a probablement toujours eu autant de femmes ayant cette compétence, mais celles-ci n'ont pas eu accès aux postes auxquels elles auraient eu la possibilité d'être proposées comme candidates à la Commission par les gouvernements.

La phrase de loin la plus importante est la dernière, qui dit que le rôle croissant des femmes se verra vraisemblablement confirmé lors des présentations de candidatures et des élections du prochain quinquennat et des quinquennats suivants. Il ne s'agit pas là d'une remarque révolutionnaire, mais d'un simple constat, espère-t-elle. Dans un monde où les femmes sont en réalité plus nombreuses que les hommes, la Commission doit suivre les évolutions en cours. Mme Escarameia appelle l'attention sur les règles applicables à l'élection des juges à la Cour pénale internationale, selon lesquelles il est obligatoire de voter pour six femmes lorsqu'il y a un nombre minimal donné de candidates. Quant à savoir dans quelle partie du rapport le texte modifié de M. Mansfield devra figurer, elle estime elle aussi qu'il convient de lui trouver une place plus appropriée, peut-être dans les conclusions. Elle apprécie réellement les efforts déployés par M. Mansfield et l'en félicite.

39. M. KEMICHA salue la sagesse et la dignité de la déclaration de Mme Escarameia. Pour sa part, il se félicite que la Commission compte des femmes, mais il ne voit pas la nécessité d'insister sur ce fait dans le rapport. Ces deux femmes sont simplement des membres comme les autres, jouant leur rôle au sein de la Commission. Trop mettre l'accent sur leur rôle apparaîtrait comme condescendant. C'est une réalité, qu'il juge pour sa part positive, que le nombre de femmes actives dans les organes internationaux augmente, et la Commission doit l'accepter comme une évolution normale. Il souscrit donc aux observations de Mme Escarameia.

40. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA souligne que les deux femmes membres n'ont pas demandé de faveur ou de reconnaissance particulières. Elles doivent être traitées, ainsi qu'elles y ont droit, comme des membres de la Commission, ni plus ni moins. Il juge la proposition de M. Mansfield complètement déplacée et ne saurait l'appuyer. Le sentiment général de la Commission serait bien mieux reflété si l'on ajoutait, à la fin de la troisième phrase du paragraphe 7, les mots suivants : « dans le prolongement de la tendance amorcée lors du renouvellement de la Commission intervenu au cours de l'élection de 2001 ».

41. M. SIMMA se déclare nettement favorable au maintien de la proposition de M. Mansfield, sous sa forme modifiée, de préférence à la formule que vient de proposer M. Pambou-Tchivounda. Il se demande pour sa part à quel endroit ce texte devrait figurer. Il est clair que ce n'est pas dans le rapport du Groupe de planification, mais il ne souhaite pas non plus que le texte soit enterré discrètement sous l'intitulé « Questions diverses ». La question est suffisamment importante pour faire l'objet d'une rubrique distincte.

42. Le PRÉSIDENT dit que le texte pourrait figurer dans une sous-rubrique du point 13 de l'ordre du jour; ainsi, son emplacement respecterait la logique sans pour autant que la question soit banalisée.

43. Mme XUE estime que ce débat doit s'arrêter immédiatement : plus les interventions se succèdent, plus elle a l'impression de se trouver dans un monde d'hommes. Il ne s'agit pas de savoir si la Commission se félicite d'avoir des femmes parmi ses membres; les femmes effectuent leurs tâches comme n'importe qui, sans se dire constamment qu'elles sont des femmes dans une assemblée d'hommes. Elles n'ont pas été élues en raison de leur sexe mais pour leur compétence. Le libellé actuel du paragraphe 7 n'est pas heureux, car il ne précise pas quelles mesures ont été proposées pour arriver à une représentation hommes-femmes plus équilibrée; les groupes féministes seraient atterrés par des phrases comme celle qui parle de propositions « extrêmement difficiles à mettre en pratique ». Elle accueille donc chaleureusement la proposition de M. Mansfield, même si elle préférerait que les louanges adressées au travail accompli par les deux femmes membres soient omises. Les femmes membres de la Commission, comme les autres membres, ne font que leur devoir.

44. Le PRÉSIDENT, appuyé par M. TOMKA, indique qu'il lui semble que les membres de la Commission sont dans l'ensemble favorables à l'adoption de la proposition de M. Mansfield, sous une forme modifiée, mais pensent que ce texte devrait figurer dans une autre partie du rapport de la Commission. Il propose que M. Mansfield apporte les modifications suggérées et réfléchisse à l'endroit où ce texte trouverait le mieux sa place.

45. M. KAMTO, se référant à la deuxième phrase du paragraphe 8, dit qu'il n'est pas absolument exact du point de vue historique que les « mini-débats » constituent une innovation dans les méthodes de travail de la Commission. Les comptes rendus de ces discussions sur le droit des traités dans les années 50 montrent que la pratique existait déjà.

46. Le PRÉSIDENT estime que le terme d'« innovation » est acceptable car ces mini-débats s'écartent de la pratique antérieure selon laquelle les déclarations étaient programmées à l'avance. Ils permettent aux membres de réagir rapidement à un point donné d'une déclaration, de présenter des faits ou des considérations ou de poser des questions se rapportant à une remarque particulière faite au cours d'une intervention, immédiatement après celle-ci au lieu d'attendre que tous les autres orateurs inscrits sur le sujet se soient exprimés.

47. M. KAMTO, sans vouloir contredire le Président, dit qu'il peut produire des documents corroborant l'argument historique qu'il a avancé.

48. M. PELLET dit que, pour étoffer un peu le paragraphe 6, il lui semblerait indiqué d'y ajouter une phrase telle que : « Ceux-ci n'ont à ce stade qu'un caractère préliminaire ». En effet, les travaux du Groupe de travail n'ont guère avancé pour le moment. Il est d'avis de conserver le paragraphe 7 sans modification. Quant aux « mini-débats » mentionnés au paragraphe 8, M. Kamto a raison jusqu'à un certain point : dans un passé lointain, où la Commission ne comptait que 11 membres, des « mini-débats » avaient lieu. Mais cette pratique a ensuite complètement disparu. Il est donc juste de parler d'innovation au paragraphe 8. En ce qui concerne le paragraphe 10, il estime comme M. Gaja que le dernier alinéa du texte élaboré par le Groupe de planification devrait être libellé comme suit : « Les membres de la Commission, préoccupés […] ». La question du pluriel du terme « *honorarium* » ne se pose pas en français, mais, dans la mesure où le montant en cause ne s'élève qu'à un dollar des États-Unis, il serait peut-être plus approprié d'employer le mot au singulier.

49. M. KAMTO propose que, dans un souci de complète exactitude, le mot « récentes » soit inséré après l'expression « méthodes de travail » au paragraphe 8.

50. M. CANDIOTI (Président du Groupe de planification) estime que le texte anglais du paragraphe 6 répond déjà au souci exprimé par M. Pellet, puisqu'il emploie l'expression « *progress report* ». Il souscrit à la suggestion tendant à modifier comme suit le début de la dernière phrase du texte proposé au paragraphe 10 : « Les membres de la Commission, préoccupés… ».

51. M. SIMMA s'inquiète de voir que, dans l'annexe, on a conservé en anglais des abréviations, telles que IL pour « *International legal* », qu'il avait utilisées provisoirement dans son texte manuscrit, et que, à la suite d'une lecture erronée de celui-ci, on trouve à la page 7 le mot « notifications » à la place du mot « traités ».

52. Le PRÉSIDENT, après avoir confirmé qu'il s'agit là de modifications rédactionnelles mineures que M. Simma peut faire apporter sans en référer à la Commission, déclare qu'il considère que la Commission souhaite adopter le rapport du Groupe de planification, sous sa forme modifiée.

Le rapport du Groupe de planification, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Coopération avec d'autres organismes *(fin*)*

[Point 11 de l'ordre du jour]

Déclaration de l'observateur du Conseil de l'Europe

53. Le PRÉSIDENT souhaite la bienvenue à M. Benítez, Secrétaire du Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) du Conseil de l'Europe, et l'invite à prendre la parole.

54. M. BENÍTEZ (Observateur du Conseil de l'Europe) se dit heureux de s'exprimer devant la Commission renouvelée, hommes et femmes confondus, et appelle son attention sur la brochure du Conseil de l'Europe qui a été distribuée à ses membres, intitulée « Construire ensemble l'Europe du droit », qui donne un aperçu des activités très variées du Conseil dans le domaine juridique. Des documents peuvent également être consultés sur le site Internet du Conseil de l'Europe à l'adresse www.coe.int.

55. Plusieurs faits nouveaux pourraient intéresser la Commission. La Bosnie-Herzégovine a adhéré au Conseil le 24 avril 2002, devenant ainsi le quarante-quatrième État membre. Monaco et la République fédérale de Yougoslavie ont également entamé le processus d'adhésion; les choses progressent assez rapidement s'agissant de la République fédérale de Yougoslavie, dont on espère que l'adhésion aura lieu prochainement. Un autre fait récent est l'ouverture à la signature à Vilnius en mai 2002 du Protocole n° 13 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, relatif à l'abolition de la peine de mort en toutes circonstances; 33 membres ont signé le Protocole et 3 l'ont ratifié dès le premier jour. Le Comité des ministres a adopté la Convention sur les relations personnelles concernant les enfants, qui sera ouverte à la signature lors de la prochaine Conférence européenne sur le droit de la famille en octobre 2002. Il faut noter également le succès de la Conférence internationale sur la contribution du Conseil de l'Europe à l'acquis de l'Union européenne, qui a eu lieu à Saint-Jacques-de-Compostelle (Espagne) les 3 et 4 juin 2002.

56. Le CAHDI, qui est présidé par un membre de la Commission, M. Tomka, rassemble les conseillers juridiques des ministères des affaires étrangères des 44 États membres du Conseil de l'Europe, ainsi qu'un nombre important de représentants d'États et d'organisations internationales ayant le statut d'observateurs. L'une de ses tâches est de faire fonction d'observatoire européen des réserves aux traités internationaux. Ces travaux se sont révélés extrêmement précieux. Ils ont permis d'établir le dialogue avec les États intéressés, dans le cas de réserves à des traités pouvant concerner à la fois des membres et des non-membres, et dans certains cas de comprendre les raisons qui motivent une réserve donnée. On a ainsi pu parfois parer à la nécessité de faire une objection, ou obtenir que la réserve soit modifiée ou retirée. Cette activité est suivie avec un grand intérêt non seulement par les milieux universitaires, mais aussi par les gouvernements, ainsi que, plus récemment, par plusieurs comités intergouvernementaux du Conseil de l'Europe, notamment celui qui est chargé du suivi de la mise en œuvre des instruments du Conseil dans le domaine des droits de l'homme. Le Comité des ministres a, aux termes d'un mandat spécial, confié au CAHDI la mission de contribuer par cet observatoire à la lutte contre le terrorisme.

57. En 2001, le CAHDI a commencé à travailler à un projet pilote relatif à la pratique des États en matière d'immunité de l'État. La première étape est de rassembler des renseignements sur cette pratique, notamment sur les décisions judiciaires, les décisions de l'exécutif et la législation. On espère que la phase initiale sera achevée d'ici à la fin de 2002. Les travaux portent également sur les immunités des chefs d'État et de gouvernement, ainsi que de certaines catégories de hauts fonctionnaires. Il a toutefois été décidé, à la suite de la décision rendue par la CIJ dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, de suspendre les discussions parce que certaines des questions en jeu avaient été résolues; l'étude sera reprise ultérieurement. Le CAHDI a aussi suivi de façon continue les évolutions liées aux activités de la Cour pénale internationale, du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie et du Tribunal pénal international pour le Rwanda, ainsi que la question des problèmes des victimes des conflits armés. Enfin, le CAHDI tient beaucoup aux relations qu'il entretient avec la Commission. Les avantages qui en découlent pour les deux organismes sont illustrés par la participation des membres de chacun d'eux aux travaux de l'autre. Il faut espérer que ces relations, auxquelles le CAHDI attache une grande importance, se poursuivront.

58. Parmi les activités de caractère plus général du Conseil de l'Europe, la lutte contre la corruption revêt une dimension particulière. Le Groupe d'États contre la corruption (GRECO), accord partiel élargi ouvert à la fois aux États membres et aux États non membres, est

* Reprise des débats de la 2739e séance.

en expansion constante; il compte à présent 34 membres, depuis l'adhésion de Malte, des Pays-Bas et du Portugal. Il est à noter, dans ce contexte, que les États-Unis d'Amérique en sont également membre. Les adhésions aux instruments internationaux dans ce domaine sont en constante augmentation. La Convention pénale sur la corruption a réuni 28 signatures et 13 ratifications, et la Convention civile sur la corruption 25 signatures et 6 ratifications. Dans le domaine de la bioéthique, la Convention pour la protection des droits de l'homme et de la dignité de l'être humain à l'égard des applications de la biologie et de la médecine (Convention sur les droits de l'homme et la biomédecine) a été signée par 18 États membres et ratifiée par 12 d'entre eux. Son Protocole additionnel portant interdiction du clonage d'êtres humains a été signé par 19 États et ratifié par 10. Un deuxième protocole à la Convention, relatif à la transplantation d'organes et de tissus d'origine humaine, ouvert à la signature en janvier 2002, a déjà été signé par sept États. La Convention et son premier Protocole additionnel, qui constituent à ce jour les seuls instruments internationaux dans le domaine de la bioéthique, sont respectivement entrés en vigueur le 1er décembre 2000 et le 1er mars 2001.

59. Les événements récents survenus de l'autre côté de l'Atlantique ont montré que les activités de coopération juridique du Conseil sont pleinement en phase avec les grands problèmes qui se posent à la société mondiale. Un exemple en est la Convention sur la cybercriminalité, également la seule dans ce domaine, qui a été ouverte à la signature en novembre 2001 et a déjà été signée par 32 États, dont 4 États non membres qui ont participé de près à la négociation du texte. De fait, les instruments internationaux du Conseil tendent de plus en plus à être ouverts à la signature des États non membres du Conseil. Le Comité des ministres est en outre saisi actuellement d'un projet de protocole additionnel à la Convention, adopté par les organes de travail compétents, relatif à l'incrimination d'actes de nature raciste et xénophobe commis par le biais des systèmes informatiques. On espère que ce protocole sera adopté d'ici à la fin de 2002.

60. Le Conseil de l'Europe a poursuivi ses activités de lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants, et le Comité des ministres a adopté le 31 octobre 2001 la recommandation (2001) 16 sur la protection des enfants contre l'exploitation sexuelle, actualisant la recommandation (91) 11 de 1991 qui prenait en compte les dispositions de la Convention sur la cybercriminalité relatives à la pornographie enfantine. Le Conseil a également joué un rôle actif lors du deuxième Congrès mondial sur l'exploitation sexuelle des enfants à des fins commerciales, qui a eu lieu à Yokohama (Japon) du 17 au 20 décembre 2001.

61. La vingt-quatrième Conférence des Ministres européens de la justice, qui s'est tenue à Moscou les 4 et 5 octobre 2001, a examiné la question de l'application des décisions de justice en conformité avec les normes européennes. À la lumière des événements du 11 septembre, l'examen des moyens de renforcer la coopération pour lutter contre le terrorisme international a été ajouté à l'ordre du jour. Cet examen a abouti à l'adoption de trois résolutions importantes : la résolution no 1, sur la lutte contre le terrorisme international, la résolution no 2, sur l'application des peines de longue durée et la résolution no 3, sur les modalités générales et les moyens d'une exécution efficace des décisions de justice.

62. Le 12 septembre 2001, le Comité des ministres du Conseil de l'Europe a publié une déclaration dans laquelle il condamne avec la plus grande vigueur les attentats terroristes et exprime sa solidarité avec les victimes. Il a également commencé à examiner les mesures particulières qu'il pourrait prendre dans son champ de compétences, en s'appuyant sur son propre savoir-faire et sur l'action d'autres organisations internationales, notamment en créant un organe spécialisé chargé de la question. En raison de son propre caractère multidisciplinaire, l'avis général a été que, pour résoudre les problèmes posés par les nouvelles formes de terrorisme, une approche globale, prenant en compte les aspects relevant du droit pénal, civil, commercial et administratif, ainsi que tous les autres aspects juridiques, est indispensable. C'est pourquoi un groupe multidisciplinaire, s'appuyant aussi sur les activités des autres organes compétents, constitue le moyen le plus approprié pour entreprendre cette tâche urgente et fondamentale. En conséquence, le 8 novembre 2001, le Comité des ministres a décidé de prendre des dispositions pour accroître l'efficacité des instruments internationaux existants du Conseil de l'Europe intéressant la lutte contre le terrorisme et de créer le Groupe multidisciplinaire sur l'action internationale contre le terrorisme, dont il a adopté le mandat. Un des membres de la Commission, M. Galicki, est également membre de ce groupe.

63. Les deux tâches principales du Groupe multidisciplinaire sont les suivantes : en premier lieu, étudier le fonctionnement des instruments du Conseil de l'Europe relatifs à la lutte contre le terrorisme et examiner la possibilité de les actualiser, en particulier la Convention européenne pour la répression du terrorisme; en deuxième lieu, préparer un rapport de situation sur les actions que le Conseil pourrait utilement mener afin de contribuer à la lutte contre le terrorisme, compte tenu de l'action de l'Union européenne dans ce domaine.

64. Ce rapport a été présenté au Comité des ministres du Conseil de l'Europe à sa cent-dixième session, tenue à Vilnius les 2 et 3 mai 2002, et a permis d'identifier plusieurs aspects demandant à être examinés de plus près, notamment les règles de fond du droit pénal, les techniques d'enquête spéciales, le financement du terrorisme, la protection des témoins, la coopération policière internationale, pour améliorer l'entraide, et enfin la protection des victimes, avec la révision du mode de fonctionnement de la Convention européenne relative au dédommagement des victimes d'actes de violence.

65. S'agissant de l'examen des traités pertinents du Conseil de l'Europe, le Groupe multidisciplinaire a examiné la Convention européenne pour la répression du terrorisme et, en mai 2002, a reçu officiellement mandat d'établir un projet de protocole portant modification de celle-ci, qui devrait être adopté à la prochaine réunion du Groupe, en octobre 2002, soumis au Comité des ministres en novembre, et ouvert à la signature d'ici à la fin de l'année.

66. M. MOMTAZ, remerciant l'observateur du Conseil de l'Europe de son rapport très complet sur l'action de celui-ci et félicitant le Conseil de la très grande variété de

ses activités, se dit préoccupé par la question de l'immunité des chefs d'État. Il croit comprendre que la question était à l'ordre du jour du CAHDI, mais que les travaux ont été suspendus en attendant que la Cour internationale de Justice se prononce dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*. Il souhaiterait savoir si le CAHDI a repris ses travaux et si cette suspension a été décidée afin d'éviter une éventuelle contradiction entre la tendance générale qui se fait jour au sein du CAHDI et les conclusions de la Cour internationale de Justice concernant l'immunité des ministres des affaires étrangères dans l'exercice de leurs fonctions.

67. M. SIMMA, à propos de l'immunité de juridiction, demande s'il y a une coordination entre le projet de compilation du Conseil de l'Europe relatif à la pratique des États en matière d'immunité et les travaux menés au sein de l'Organisation des Nations Unies. Par ailleurs, s'agissant de l'action du Conseil en matière de lutte contre le terrorisme, il fait observer que le Conseil est le garant du respect des droits de l'homme dans les États membres, et en particulier de la Convention européenne des droits de l'homme. Il a l'impression que certains ministres de l'intérieur ont profité des événements du 11 septembre pour faire passer une législation qui porte atteinte aux droits fondamentaux des citoyens et des étrangers dans leur pays, et il souhaiterait savoir s'il existe au sein du Conseil de l'Europe, en dehors des organes de la Convention européenne des droits de l'homme et à un niveau plus politique, un mécanisme de surveillance de la conformité à cette convention des mesures prises par les États membres. Plus précisément, le Conseil est-il d'avis que ses membres n'ont pas tous agi en conformité avec l'article 15 pour ce qui est des mesures qu'ils ont prises contre le terrorisme ?

68. M. CHEE estime qu'il serait utile de savoir si les Conventions européennes sur la corruption et la Convention de Genève de 1979 sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance ont été mises en œuvre avec succès et s'il est donné effet à leurs dispositions. D'autre part, y a-t-il eu des cas de conflit entre les obligations établies par les conventions européennes et les obligations découlant de la Charte des Nations Unies, situation qui est régie par l'Article 103 de la Charte ?

69. M. BENÍTEZ (Observateur du Conseil de l'Europe), répondant à M. Momtaz, indique que le CAHDI a commencé à se pencher sur la question de l'immunité deux ans plus tôt environ, sur la base de contributions fournies par les États. La Cour internationale de Justice a rendu par la suite son arrêt dans l'affaire du *Mandat d'arrêt du 11 avril 2000*, arrêt qui a résolu certains des problèmes que le CAHDI examinait. Le CAHDI a donc décidé de prendre acte de l'arrêt de la Cour et de suspendre l'examen de la question, sans toutefois exclure la possibilité de le reprendre ultérieurement.

70. En ce qui concerne la question de l'immunité de juridiction soulevée par M. Simma, l'un des objectifs du CAHDI est d'apporter une contribution pratique aux travaux de l'Organisation des Nations Unies, et une coordination efficace entre les organisations est considérée comme très importante. À cet égard, il y a eu un échange de vues informel avec M. Hafner en 2001, alors que le CAHDI élaborait son programme, et M. Hafner a été invité à la réunion de septembre du CAHDI, où des informations seront communiquées sur la première phase du programme, à savoir la collecte d'informations.

71. Dans ses activités de lutte contre le terrorisme, le Conseil de l'Europe s'appuie sur les travaux de toutes les organisations internationales et des autres organes compétents du Conseil, en particulier la Cour européenne des droits de l'homme et, au niveau intergouvernemental, le Comité directeur pour les droits de l'homme relevant du Comité des ministres et chargé de mettre en œuvre les activités du Conseil dans ce domaine. Après le 11 septembre, le Comité directeur des ministres a décidé de créer un comité d'experts sur le terrorisme et les droits de l'homme chargé d'élaborer des directives sur les moyens de combattre le terrorisme tout en respectant les normes du Conseil en matière de protection des droits de l'homme. Ces directives ont été adoptées par le Comité des ministres en juillet 2002 et sont déjà appliquées par le Groupe multidisciplinaire sur l'action internationale contre le terrorisme. Le Groupe multidisciplinaire tient compte également des avis d'autres comités du Conseil, par exemple le Comité d'experts sur la protection des données. Le Conseil surveille périodiquement les éventuelles suspensions par des États membres des dispositions de la Convention européenne des droits de l'homme, et le CAHDI lui-même examine périodiquement les réserves majeures aux traités internationaux, y compris les réserves aux conventions européennes. Dans ce contexte, le CAHDI s'est penché sur les réserves récentes faites par des États membres invoquant la nécessité d'adopter une législation nouvelle. Le Comité des ministres, composé des ministres des affaires étrangères des États membres, s'occupe des aspects plus politiques.

72. M. CHEE a posé plusieurs questions sur l'absence de mécanismes de suivi ou d'exécution dans les conventions adoptées par le Conseil de l'Europe. Cela pose effectivement un problème et le Conseil a reconnu qu'il ne servait à rien de continuer à produire des traités internationaux s'ils ne comprennent pas de mécanismes spécifiques permettant de vérifier le respect par les États de leurs engagements. Pourtant, plusieurs conventions du Conseil de l'Europe prévoient des mécanismes de suivi spécifiques. Le principal exemple est celui de la Convention européenne des droits de l'homme et de ses 13 protocoles, dont l'application est surveillée par la Cour européenne des droits de l'homme. Un effort est fait pour prévoir de tels mécanismes spécifiques lors de l'élaboration de nouvelles conventions européennes.

73. Le problème de la corruption se trouve au cœur du fonctionnement des États. Les activités du Conseil dans ce domaine sont relativement récentes puisqu'elles datent de 1992. Depuis lors, le Conseil a adopté deux conventions internationales, la Convention pénale sur la corruption et la Convention civile sur la corruption, ainsi qu'une résolution portant 20 principes directeurs pour la lutte contre la corruption et la recommandation (2000) 10 sur les codes de conduite pour les agents publics. Le mécanisme de surveillance correspondant est le Groupe d'États contre la corruption (GRECO), qui examine dans quelle mesure les signataires de l'accord respectent les principes directeurs et les conventions pertinentes. Cet

effort semble efficace, notamment du fait de l'attention portée par la société civile aux évaluations effectuées par le GRECO dans les États membres.

74. M. KAMTO souhaiterait savoir si le GRECO a rassemblé des éléments précis sur la pratique des différents États et s'il a relevé au sein de l'Union européenne ou ailleurs des cas de corruption, impliquant par exemple des sociétés, qui auraient donné lieu à des poursuites au niveau de la juridiction nationale. La presse internationale a révélé des affaires de corruption mettant en cause les chefs d'État de certains pays.

75. M. BENÍTEZ (Observateur du Conseil de l'Europe) indique que le GRECO n'a pas mandat d'examiner des affaires précises de corruption relevant de la juridiction nationale. Son rôle est d'examiner dans quelle mesure les législations nationales, leur application et l'ensemble des organes administratifs et judiciaires peuvent répondre efficacement au phénomène de la corruption. Chaque année, le GRECO sélectionne quelques-uns des 20 principes directeurs et examine si les États disposent d'une législation ou de systèmes permettant leur mise en œuvre. Ainsi, le premier cycle d'évaluation a porté sur le fonctionnement du ministère public dans les États membres du GRECO, afin d'examiner si les procureurs sont suffisamment indépendants pour que les affaires de corruption puissent donner lieu à des poursuites efficaces, sans ingérence du pouvoir politique, surtout lorsque les personnes en cause occupent des charges publiques importantes. La question de l'immunité parlementaire a aussi été examinée afin de déterminer si elle constitue un obstacle à la poursuite de certaines personnes accusées d'actes de corruption.

76. Le PRÉSIDENT remercie l'observateur du Conseil de l'Europe pour son rapport extrêmement intéressant.

La séance est levée à 13 heures.

2745e SÉANCE

Lundi 12 août 2002, à 15 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session

CHAPITRE V. – *Protection diplomatique* (A/CN.4/L.619 et Add.1 à 6)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à entamer l'examen du projet de rapport de la Commission en commençant par le chapitre V, relatif à la protection diplomatique. Il propose que la Commission examine d'abord la section C de ce chapitre.

C. – Texte des articles 1 à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique adoptés à titre provisoire par la Commission et commentaires y relatifs (A/CN.4/L.619/Add.2 à 5)

Paragraphes 1 et 2 (A/CN.4/L.619/Add.2)

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Première partie : Dispositions générales

Article premier (Définition et champ d'application)

L'article premier est adopté.

Commentaire de l'article premier

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

2. M. GAJA propose de supprimer les mots « Bien que comparable à la protection diplomatique » qui figurent en tête de la dernière phrase du paragraphe 6 et de modifier le reste de la phrase en conséquence afin de ne pas donner à penser que les États ne peuvent pas être, eux aussi, concernés par la protection fonctionnelle. En effet, des non-nationaux peuvent être au service de l'État, par exemple de ses forces armées.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté.

Paragraphe 8

3. M. DAOUDI fait observer que, lors des consultations informelles, le Rapporteur spécial a présenté un document sur la protection diplomatique de l'équipage des navires et il se demande si les deux dernières phrases du paragraphe 8 rendent bien compte des conclusions des consultations informelles sur ce point.

4. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il a l'intention d'établir pour l'année suivante un rapport sur la protection diplomatique des équipages de navires. Il est exact, ainsi que le fait observer M. Daoudi, que la fin du paragraphe 8 ne reflète pas l'appui qui s'est manifesté dans le cadre des consultations informelles en faveur d'une disposition sur le sujet.

5. Mme ESCARAMEIA fait sienne l'observation de M. Daoudi et s'étonne que les résultats des longues consultations qui ont eu lieu sur le document présenté par le Rapporteur spécial ne soient pas mentionnés.

6. M. TOMKA dit que le commentaire vise à expliquer le texte des dispositions et non à indiquer les intentions futures de la Commission. Il propose donc de supprimer les deux dernières phrases du paragraphe 8 et d'attendre, pour revenir à ce sujet, que le Rapporteur spécial ait présenté un rapport à la Commission et que celle-ci se soit prononcée.

7. Le PRÉSIDENT dit que les consultations informelles font partie des travaux internes de la Commission et se tiennent pour le bénéfice de celle-ci et du Rapporteur spécial. Il indique qu'en l'absence d'objection il considérera que la Commission accepte la proposition de M. Tomka.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 8, ainsi modifié, est adopté.

Article 2 [3] (Droit d'exercer la protection diplomatique)

L'article 2 [3] est adopté.

Commentaire de l'article 2 [3]

Paragraphe 1

8. M. PELLET propose de supprimer les mots « avec plus de prudence » qui figurent à la deuxième phrase du paragraphe 1, car la CPJI a repris tel quel ce qu'avait écrit Vattel.

9. M. TOMKA dit qu'à cet égard, pour rapporter fidèlement ce qu'a écrit Vattel, il conviendrait d'ajouter le mot « indirect » avant les mots « causé à l'État » qui figurent à la fin de la première phrase du paragraphe 1.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

10. M. TOMKA dit que le mot « limité » qui figure à la fin de la première phrase est malheureux; en effet, tout droit mis en œuvre dans le cadre d'une procédure doit suivre cette procédure. Il propose donc de libeller le paragraphe 3 comme suit : « Le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique est soumis aux paramètres définis dans les présents articles ».

11. M. DUGARD (Rapporteur spécial) souscrit à l'observation de M. Tomka mais juge qu'il serait préférable de remanier le paragraphe 3 comme suit : « Le droit de l'État d'exercer sa protection diplomatique ne peut être mis en œuvre que dans le cadre des paramètres définis dans les présents articles ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 3 est adopté, tel que modifié par M. Dugard.

Deuxième partie : Personnes physiques

Article 3 [5] (État de la nationalité)

L'article 3 [5] est adopté.

Commentaire de l'article 3 [5]

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

12. M. PELLET estime qu'il faudrait remanier l'avant-dernière phrase du paragraphe, qui est ambiguë. En effet, l'acquisition automatique de la nationalité par mariage n'est contraire au droit international que dans la mesure où elle a un caractère discriminatoire.

13. Le PRÉSIDENT se demande si ce problème ne pourrait pas être résolu en supprimant toute mention de la femme et du mari, et en parlant plutôt de « conjoint ».

14. M. DUGARD (Rapporteur spécial) se dit prêt à remanier la phrase en question et demande à M. Pellet s'il a une proposition à formuler.

15. M. PELLET propose le libellé suivant : « Lorsque le mariage à un national emporte automatiquement acquisition de la nationalité, des problèmes peuvent se poser quant à la conformité d'une telle acquisition de nationalité au droit international, lorsque cette acquisition se produit sur une base discriminatoire ».

16. Mme ESCARAMEIA dit qu'elle ne partage pas tout à fait l'avis de M. Pellet. S'il est vrai que l'acquisition automatique de la nationalité est discriminatoire, et donc contraire au droit international si elle ne concerne que les femmes, le fait d'imposer la nationalité à la faveur d'un acte qui n'a rien à voir avec la nationalité, comme c'est le cas du mariage, porte atteinte aux principes fondamentaux en matière de droits de l'homme, et ce, qu'il s'agisse d'hommes ou de femmes.

17. M. TOMKA dit qu'il avait les mêmes doutes mais, étant donné le renvoi à l'article 9.1 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes qui est fait au paragraphe 7 du commentaire, il estime qu'il vaut mieux ne pas modifier la phrase en question.

18. M. AL-BAHARNA se demande en quoi le fait que le droit interne prévoie l'acquisition automatique de la nationalité du conjoint est contraire au droit international, si les intéressés y consentent. Il est donc lui aussi en faveur d'un remaniement de l'avant-dernière phrase.

19. M. OPERTTI BADAN signale que la dernière phrase du paragraphe, du moins dans la version espagnole, doit aussi être remaniée : les États n'acquièrent pas des nationaux, ce sont les personnes qui acquièrent la nationalité.

20. M. PELLET, notant que le problème se pose aussi dans la version française, propose le libellé suivant pour le début de la dernière phrase du paragraphe : « Une per-

sonne peut aussi acquérir la nationalité à l'issue […] ». En ce qui concerne l'acquisition automatique de la nationalité par mariage, il propose, comme l'a fait le Président, de libeller la phrase pertinente comme suit : « Lorsque le mariage à un national emporte automatiquement acquisition par un conjoint de la nationalité de l'autre […] ».

21. M. CANDIOTI propose d'intervenir dès la troisième phrase du paragraphe, en supprimant « à un national » après « mariage », d'apporter la même correction à la quatrième phrase et de modifier ensuite le texte dans le sens indiqué par le Président et M. Pellet. En ce qui concerne la dernière phrase du paragraphe, il propose le libellé suivant : « La nationalité peut aussi s'acquérir à l'issue […] ».

22. M. GALICKI fait observer que ce souci de généralité risque de conduire la Commission à créer une impossibilité. En effet, dans la pratique, il n'a pas connaissance de cas où le droit interne prévoit l'acquisition automatique de la nationalité de la femme par le mari. Si on ne peut pas lui en citer, il restera favorable au maintien de la formule proposée par le Rapporteur spécial car elle est réaliste.

23. M. MOMTAZ dit que le renvoi à l'article 9 de la Convention sur l'élimination de toutes les formes de discrimination à l'égard des femmes reflète fidèlement les débats qui ont eu lieu au Comité de rédaction. Le problème qui se pose est dû au fait que cet article n'a pas d'équivalent dans les autres instruments relatifs aux droits de l'homme en ce qui concerne les hommes.

24. M. KAMTO considère que la proposition de M. Candioti permet de régler le problème et qu'une formulation plus générale est souhaitable, car, s'il est vrai que l'acquisition automatique de la nationalité par mariage concerne généralement les femmes, la Commission ne peut prétendre connaître les dispositions de tous les droits internes en la matière.

25. Le PRÉSIDENT propose de retenir le libellé formulé par M. Candioti et d'insérer, à la note, « Voir, par exemple, l'article 9 (par. 1) […] ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 4 est adopté avec les modifications proposées par M. Pellet et M. Candioti.

Paragraphe 5

26. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA estime que le libellé de la troisième phrase est trop catégorique. Dans bien des cas, le critère de la résidence ne suffit pas à établir la preuve de la nationalité. Il vaudrait mieux indiquer que la résidence peut ou pourrait constituer une preuve de la nationalité.

27. M. DUGARD (Rapporteur spécial) souscrit à l'observation de M. Pambou-Tchivounda.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

28. M. KAMTO dit que le libellé de la première phrase n'est pas vraiment correct car, dans l'affaire *Nottebohm*, c'était au national d'apporter la preuve d'un lien effectif et non pas à l'État. Il propose de modifier la phrase comme suit : « L'article 3, paragraphe 2, n'exige pas la preuve de l'existence d'un lien effectif entre l'État et son national, comme le faisait l'arrêt *Nottebohm* ».

29. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA souscrit au libellé proposé par M. Kamto mais estime qu'il ne faudrait néanmoins pas perdre de vue le rôle de l'État et donc préciser « par l'État » après les mots « la preuve ».

30. M. PELLET, souscrivant à l'observation de M. Pambou-Tchivounda, dit que c'est bien à l'État en effet qu'il appartient de prouver l'existence d'un lien effectif, dans la mesure où la Cour internationale de Justice ne traite que des affaires mettant en cause des États. Compte tenu des désaccords qui existent à ce sujet au sein de la Commission, il propose néanmoins d'ajouter, au début de la deuxième phrase, « En dépit d'opinions divergentes sur l'interprétation de cet arrêt ».

31. M. DUGARD (Rapporteur spécial) se range à l'avis de M. Pellet : la première phrase est correcte et il faut en maintenir le libellé. Quant à l'ajout proposé à la deuxième phrase, il est justifié.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 7 et 8

Les paragraphes 7 et 8 sont adoptés.

32. M. PELLET, revenant à l'article 3, estime que cette disposition est construite bizarrement, en ce sens que le paragraphe 2 est consacré aux personnes physiques et que l'on s'attend donc à un paragraphe sur les personnes morales. Il propose d'ajouter un paragraphe 9 au commentaire, indiquant que la Commission se réserve la possibilité d'ajouter un paragraphe 3 à l'article 3.

33. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait observer que le paragraphe 4 du commentaire de l'article premier précise que « le mot "nationaux" vise à la fois les personnes physiques et les personnes morales » et qu'« ultérieurement, dans le projet d'articles, si nécessaire, les deux notions sont envisagées séparément ».

34. M. PELLET dit qu'il s'agit d'une question de structure et que, le paragraphe 1 de l'article 3 s'appliquant tant aux personnes physiques qu'aux personnes morales, la formulation actuelle obligera à le répéter dans la disposition consacrée aux personnes morales.

35. Le PRÉSIDENT propose d'ajouter une note indiquant que la Commission reverra peut-être le libellé de l'article lorsqu'elle examinera le cas des personnes morales.

Il en est ainsi décidé.

Article 4 [9] (Continuité de la nationalité)

L'article 4 [9] est adopté.

Commentaire de l'article 4 [9]

Paragraphe 1

36. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit que l'expression « opinions judiciaires » qui figure dans la première phrase du paragraphe n'a aucun sens en français. Il faudrait plutôt parler de « décisions judiciaires ».

37. M. TOMKA dit qu'il s'agit de l'opinion d'un juge et non pas d'une décision judiciaire. Si l'on se reporte à la note, on constate qu'il s'agit des observations de sir Gerald Fitzmaurice dans l'affaire de la *Barcelona Traction*.

38. M. KABATSI fait valoir que, lorsqu'on évoque l'opinion d'un juge, il ne s'agit pas d'une opinion personnelle, mais d'une opinion qui s'inscrit dans une décision judiciaire.

39. Le PRÉSIDENT fait observer qu'en anglais l'expression est tout à fait correcte.

40. M. DAOUDI signale, à ce propos, quelques erreurs de traduction dans la version arabe : contrairement à ce qui y est indiqué, il s'agit bien de l'opinion individuelle d'un juge et non pas d'un avis consultatif.

41. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA dit qu'il peut s'agir d'une opinion individuelle ou dissidente mais en aucun cas d'une opinion judiciaire.

42. M. PELLET, s'associant à M. Pambou-Tchivounda, dit que la notion d'opinion judiciaire n'existe pas pour les esprits empreints de tradition romaine. Pour ces derniers, les juges peuvent avoir des états d'âme, mais cela n'a rien à voir avec une décision judiciaire. Il s'agit en fait de doctrine. M. Pellet préférerait donc que l'on se borne à parler de doctrine et que les notes correspondant au dernier membre de la phrase soient fondues en une seule, qui renverrait à la fois aux observations de Fitzmaurice et à Wyler.

43. M. DUGARD (Rapporteur spécial) précise que cette notion existe effectivement dans les systèmes de *common law* et pas dans les systèmes de droit romain. Il est donc prêt à accepter la proposition de M. Pellet.

Le paragraphe 1 est adopté avec la modification proposée par M. Pellet.

Paragraphe 2

44. M. TOMKA fait remarquer que la dernière phrase du paragraphe 2 où il est dit que « la Commission a décidé de ne pas exiger que la nationalité ait été conservée entre la survenance du dommage et la présentation de la réclamation » est en contradiction avec le paragraphe 1 de l'article 4 où le principe de la continuité de la nationalité est au contraire clairement énoncé, comme le confirme du reste le titre de cet article.

45. M. PELLET note que cette continuité est en outre soulignée, dans la version française, par l'emploi au paragraphe 1 de l'article de la formule « a toujours cette nationalité ». Il faudrait à tout le moins supprimer le mot « toujours » qui n'a du reste pas son équivalent dans les autres versions linguistiques.

46. À l'issue d'un échange de vues auquel participent M. GAJA, M. KOSKENNIEMI, M. OPERTTI BADAN, M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, M. GALICKI et M. DUGARD (Rapporteur spécial), le PRÉSIDENT demande au Rapporteur spécial ainsi qu'à tous les membres intéressés de faire une proposition rédactionnelle en vue de modifier la dernière phrase du paragraphe 2 en tenant compte à la fois des remarques de M. Tomka et de M. Pellet et des commentaires formulés.

47. M. DUGARD (Rapporteur spécial) propose de remplacer la dernière phrase du paragraphe 2 par la suivante : « Cela étant, la Commission a décidé de laisser ouverte la question de savoir si la nationalité devait être conservée entre la survenance du dommage et la présentation de la réclamation ».

48. Le PRÉSIDENT demande au Président du Comité de rédaction si cette proposition rédactionnelle lui semble acceptable. Par ailleurs, si les membres n'y voient pas d'objection, et eu égard à l'absence de concordance entre les différentes versions linguistiques, il propose que, dans la version française du texte, le mot « toujours » au paragraphe 1 de l'article 4 soit supprimé.

49. M. YAMADA (Président du Comité de rédaction) note que, lors de l'élaboration de l'article 4, l'ambiguïté de la formule employée au paragraphe 1 a été volontairement maintenue compte tenu du fait qu'il n'existe pas d'uniformité dans la pratique des États quant au point de savoir si la nationalité doit être conservée entre le moment où le dommage est causé et la date à laquelle la réclamation est officiellement présentée. Pour ce qui est du paragraphe 2 du commentaire, il appartient à la Commission plénière de décider de sa formulation. La proposition avancée par le Rapporteur spécial lui paraît parfaitement acceptable.

50. Le PRÉSIDENT dit que, s'il n'y a pas d'objection, il considérera que le paragraphe 2 du commentaire tel que modifié par M. Dugard est adopté et que, dans la version française de l'article 4, le mot « toujours », dans le paragraphe 1, doit être supprimé.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 2, sous sa forme modifiée, est adopté.

Paragraphe 3

51. M. GAJA dit qu'il lui semble y avoir, dans ce paragraphe, une redondance entre la deuxième et la dernière phrase. L'idée était évidemment d'insister sur le fait que, dans le contexte de l'article à l'examen, la règle de l'épuisement des recours internes est à écarter pour des raisons pratiques, mais peut-être n'était-il pas nécessaire de le répéter. Aussi propose-t-il de supprimer la dernière phrase du paragraphe et d'insérer l'appel de note – en le renumérotant en conséquence – à la fin de la deuxième phrase, après les mots « la date à laquelle l'acte dommageable a été commis ». Par ailleurs, l'avant-dernière phrase du paragraphe où il est dit que « la Commission s'est abstenue d'approuver cette approche » (selon laquelle la règle de l'épuisement des recours

internes serait considérée comme une condition de fond) n'est pas très claire.

52. M. PELLET trouve lui aussi cette avant-dernière phrase très ambiguë et la mystérieuse note à laquelle elle renvoie ne contribue pas à éclairer les choses. Peut-être faudrait-il rendre cette note plus explicite. En tout état de cause, il faudrait préciser que « l'approche » à laquelle il est fait allusion n'avait été retenue dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État qu'en première lecture, mais qu'elle a été abandonnée en deuxième lecture.

53. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la « mystérieuse » note dont parle M. Pellet renvoie à une discussion de la Commission au cours de laquelle il a été décidé de rejeter des projets d'article présentant la règle de l'épuisement des recours internes comme une condition de fond. Quant à la proposition de M. Gaja de supprimer la dernière phrase du paragraphe 3, elle lui semble parfaitement acceptable.

54. M. PELLET estime que l'on ne peut pas insérer dans ce paragraphe une note renvoyant à une simple « discussion » de la Commission. Cela est trop vague. Peut-être pourrait-on faire un renvoi au rapport pertinent du Rapporteur spécial, en précisant que celui-ci avait proposé d'adopter comme condition de fond la règle de l'épuisement des recours internes mais que cette proposition n'a pas été retenue par la Commission. Une note ainsi rédigée serait plus claire pour le lecteur. Par ailleurs, il lui semble également impératif d'ajouter dans l'avant-dernière phrase les mots « en première lecture » entre les mots « retenue » et « dans le projet d'articles ».

55. M. TOMKA relève qu'au paragraphe 1 de l'article 4 il est fait mention du « moment où le dommage a été causé » et non pas du moment où le droit international a été violé, ce qui est visé dans le projet d'articles sur la responsabilité de l'État. C'est pourquoi, afin de ne pas jeter la confusion dans l'esprit du lecteur, M. Tomka propose de ne pas évoquer les difficultés que soulève la règle de l'épuisement des recours internes car aucune décision n'a été prise à ce sujet et de ne conserver que les deux premières phrases du paragraphe 3 du commentaire.

56. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection il considérera que la Commission accepte cette proposition.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

57. M. PELLET dit qu'il avait reçu l'assurance que l'expression « nationalité des réclamations » ne serait pas utilisée. Il s'étonne donc de la retrouver au paragraphe 4 du commentaire. Il fait observer à ce propos qu'au paragraphe 39 du projet de rapport de la Commission il est précisé que cette notion prête à confusion.

58. M. DAOUDI fait observer que, dans la version arabe du paragraphe 4, il n'est pas fait mention de la nationalité de la réclamation.

59. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il avait donné à M. Pellet l'assurance que cette expression n'apparaîtrait pas dans le projet d'articles. Il lui paraît par contre difficile d'en faire l'économie dans le commentaire.

60. M. PELLET accepte le maintien de cette expression à condition qu'elle soit assortie d'une note de bas de page qui se lirait comme suit : « Selon une opinion, la notion de nationalité prête à confusion. C'est une notion qui est directement issue de la *common law* et qui n'a pas d'équivalent dans les autres systèmes juridiques ».

61. M. GAJA propose de supprimer l'expression « *dies ad quem* » à la deuxième phrase et de remplacer cette même expression, à la fin de la troisième phrase, par « la date de la réclamation».

62. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection il considérera que la Commission accepte les propositions de M. Pellet et de M. Gaja.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

63. Mme ESCAMAREIA ne voit pas pourquoi le mariage n'est pas placé sur le même plan que la succession d'États et l'adoption. Elle propose en conséquence d'une part de supprimer la troisième phrase qui laisse entendre que d'une certaine manière la perte de nationalité peut être volontaire et d'autre part de modifier la deuxième phrase comme suit : « En cas de succession d'États et, peut-être, d'adoption et de mariage, lorsque le changement de nationalité en découle automatiquement, la nationalité sera perdue involontairement ».

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 8

64. M. MOMTAZ propose de qualifier les cas évoqués dans la dernière phrase d'exceptionnels plutôt que de douloureux.

65. M. DUGARD (Rapporteur spécial) propose de parler des cas « d'acquisition obligatoire d'une nouvelle nationalité ».

Le paragraphe 8, tel que modifié par le Rapporteur spécial, est adopté.

Paragraphes 9 et 10

Les paragraphes 9 et 10 sont adoptés.

66. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de la section C du chapitre V du projet de rapport.

Article 5 [7] (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État tiers) [A/CN.4/L.619/Add.3]

L'article 5 [7] est adopté.

Commentaire de l'article 5 [7]

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

67. M. PELLET propose de remplacer, à la fin de la première phrase, les mots « sont dans l'ensemble opposées à une telle condition » par « n'exigent pas dans l'ensemble une telle condition ».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Article 6 (Multiple nationalité et réclamation à l'encontre d'un État de nationalité) [A/CN.4/L.619/Add.4]

Commentaire de l'article 6

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

68. M. PELLET fait observer que la Convention concernant certaines questions relatives aux conflits de lois sur la nationalité est toujours en vigueur et qu'il convient en conséquence d'écrire qu'elle « dispose en son article 4 » et non pas qu'« elle disposait ».

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 3

69. M. GAJA propose de remplacer, au début de la quatrième phrase, les mots « la Commission [de conciliation italo-américaine] a indiqué clairement » par les mots « la Commission a estimé » afin de ne pas donner l'impression que la Commission du droit international appuie ce qu'a dit la Commission de conciliation italo-américaine, étant donné que, précisément, elle ne le partage pas, ainsi qu'il ressort du paragraphe 5 du commentaire.

70. M. PELLET fait observer que, dans la version française, il convient de remplacer, à la première phrase, les mots « les sentences arbitrales » par « certaines sentences arbitrales ».

Le paragraphe 3 est adopté avec les modifications proposées par M. Gaja et M. Pellet.

Paragraphes 4 à 8

Les paragraphes 4 à 8 sont adoptés.

La séance est levée à 18 heures.

2746e SÉANCE

Mardi 13 août 2002, à 10 heures

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(suite)*

CHAPITRE V. – *Protection diplomatique* (suite) [A/CN.4/L.619 et Add.1 à 6]

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen du chapitre V du projet de rapport de la Commission.

C. – Texte des articles 1 à 7 du projet d'articles sur la protection diplomatique adoptés à titre provisoire par la Commission et commentaires y relatifs *(fin)* [A/CN.4/L.619/Add.2 à 5]

Article 7 [8] (Apatrides et réfugiés) [A/CN.4/L.619/Add.5]

L'article 7 [8] est adopté.

Commentaire de l'article 7 [8]

Paragraphe 1

2. M. SIMMA propose de supprimer la première partie de la citation de l'affaire *Dickson Car Wheel Company* car elle reflète une position inappropriée qui n'est plus acceptable de nos jours. La citation se lirait donc : « Aucun État n'a le pouvoir d'intervenir ou de présenter une réclamation au nom [d'un individu sans nationalité] avant ou après le dommage ».

3. M. DUGARD (Rapporteur spécial) estime que la Commission n'a pas à dissimuler les dures réalités du droit international et que la citation ne fait qu'énoncer la position prise en 1931. Il préférerait que le paragraphe

reste en l'état mais, si le souci qui prévaut est celui d'être politiquement correct, il n'élèvera pas d'objection.

4. M. TOMKA est d'accord avec M. Simma. Néanmoins, il semble y avoir une contradiction entre la première phrase du paragraphe, où il est dit « La règle générale veut », et le membre de phrase selon lequel la règle est en décalage avec le droit international contemporain. La première phrase devrait être modifiée pour se lire « La règle générale voulait »; la citation pourrait alors rester telle quelle.

5. M. BROWNLIE approuve l'idée de reformuler la première phrase car la version actuelle est très dogmatique et donne l'impression que la Commission accepte que le droit reste ce qu'il était en 1931. La Commission ne doit pas donner l'impression d'opérer un revirement complet; la position actuelle est plus nuancée. Certains membres de la Commission pensent depuis longtemps que la résidence habituelle confère un statut, même si l'intéressé peut également avoir le statut de réfugié, par exemple.

6. M. DUGARD (Rapporteur spécial) approuve les suggestions de M. Tomka et de M. Brownlie, qui montrent clairement que la décision rendue dans l'affaire *Dickson Car Wheel Company* reflète une position passée. Les deux premières phrases pourraient être modifiées pour se lire comme suit : « La règle générale voulait qu'un État ne puisse exercer sa protection diplomatique qu'à l'égard de ses nationaux. Par exemple, en 1931, la Commission des réclamations États-Unis/Mexique […] ». Puis, la phrase suivant la citation pourrait être modifiée pour se lire : « Cette conclusion ne reflète plus avec exactitude la position du droit international à l'égard des apatrides comme des réfugiés. Le droit international contemporain traduit l'intérêt porté au statut de ces deux catégories de personnes ».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

7. M. PELLET propose que la définition des apatrides qui figure dans le paragraphe soit suivie d'une phrase se lisant comme suit : « Cette définition peut être considérée comme ayant acquis une nature coutumière ».

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 4

8. Mme ESCARAMEIA propose, afin de rendre compte des vues de plusieurs membres de la Commission, d'ajouter à la note de bas de page une phrase se lisant : « Certains membres pensaient que la Convention européenne sur la nationalité de 1997 ne devait pas servir de modèle pour la protection diplomatique car cette question différait de l'acquisition de la nationalité ». Pour la même raison, la troisième phrase devrait être modifiée pour se lire : « ont considéré que ce seuil était trop élevé et pouvait conduire pour les intéressés à une absence de protection effective, mais la plupart ont estimé […] ».

9. M. TOMKA comprend le point de vue de Mme Escarameia, mais estime que le commentaire n'a pas à rendre compte du débat de la Commission, mais à commenter les dispositions des articles. D'ailleurs, personne n'ayant laissé entendre que la Convention européenne sur la nationalité avait trait à la protection diplomatique, la première modification qu'elle a proposée paraît superflue. M. Tomka se demande s'il est bien nécessaire de faire mention de la Convention et propose, afin d'éviter toute confusion, de supprimer la première phrase. Puisque le droit d'exercer la protection diplomatique est un droit de l'État, le seuil fixé concerne l'État et non les individus recherchant une protection car, au regard du droit international, ils n'ont pas droit à une telle protection.

10. M. GALICKI dit qu'il semble y avoir un malentendu au sujet de l'objet de la première phrase du paragraphe 4. Il s'agit simplement de dire que la Commission a utilisé la Convention européenne sur la nationalité comme source de l'expression « résidence légale et habituelle ». La rédaction proposée par le Rapporteur spécial est équilibrée. Elle indique la source des termes utilisés puis reflète la discussion qui a eu lieu sur le point de savoir si le seuil était trop élevé ou trop bas. Le texte devrait être retenu en l'état, avec l'adjonction de la deuxième modification proposée par Mme Escarameia, qui explique pourquoi certains membres de la Commission ont estimé que le seuil était trop élevé.

11. M. SIMMA propose qu'afin de mieux faire ressortir l'idée exprimée par M. Galicki la première phrase fasse l'objet d'un paragraphe distinct, pour montrer qu'elle concerne uniquement la source de la terminologie utilisée. Quant à l'observation de M. Tomka selon laquelle il n'est pas généralement rendu compte des différents points de vue des membres de la Commission dans le commentaire, il pense que, si un point soulève véritablement une controverse, on peut le signaler dans le texte adopté en première lecture et appeler l'attention des États sur ce point. M. Simma estime donc comme M. Galicki que le texte devrait rester en l'état, mis à part les mots que Mme Escarameia propose d'ajouter à la dernière phrase.

12. Le PRÉSIDENT dit qu'il y a une différence de fond entre la première et la seconde lecture. En première lecture, le texte doit inclure les opinions divergentes des membres de la Commission, tandis qu'en deuxième lecture il doit exprimer une position unique.

13. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que, d'une manière générale, il n'a pas rendu compte des divergences d'opinions des membres du Comité de rédaction. Pour répondre aux préoccupations qui ont été exprimées, le paragraphe pourrait être modifié de manière à commencer par : « L'exigence de la résidence à la fois légale et habituelle ». On pourrait ensuite expliquer dans une note de bas de page que l'expression « résidence légale et habituelle » est empruntée à la Convention européenne sur la nationalité, qui traite de l'acquisition de la nationalité. Enfin, la dernière phrase serait modifiée conformément à la suggestion de Mme Escarameia.

14. M. GALICKI souscrit à la proposition du Rapporteur spécial. La Convention européenne sur la nationalité, cependant, ne traite pas uniquement de l'acquisition de la nationalité; aussi la note de bas de page devrait-elle préciser que, dans la Convention, l'expression « résidence légale et habituelle » est utilisée à propos de l'acquisition de la nationalité.

Le paragraphe 4, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 5 et 6

Les paragraphes 5 et 6 sont adoptés.

Paragraphe 7

15. Mme ESCARAMEIA dit que le paragraphe 4, qui concernait les critères de résidence applicables aux apatrides, reflétait avec exactitude les divergences d'opinions des membres de la Commission, mais qu'il n'en est pas de même du paragraphe 7, qui traite de la même question dans les cas des réfugiés, et qui donne l'impression que la Commission a été unanime. Elle propose donc de dire, au début des deux premières phrases, « La majorité des membres de la Commission ».

16. M. KOSKENNIEMI dit qu'il partage la préoccupation de Mme Escarameia; les membres qui ont exprimé le point de vue minoritaire pensent qu'il vaut à la fois pour les apatrides et pour les réfugiés. L'argumentation et la justification étant les mêmes aux paragraphes 4 et 7, il serait utile de le faire apparaître. Le paragraphe 7 devrait indiquer que « comme au paragraphe 4 ci-dessus, certains membres de la Commission ont estimé que le seuil était trop élevé ».

17. Le PRÉSIDENT dit qu'au lieu de se référer au paragraphe 4 il vaudrait mieux ajouter une phrase qui se lirait : « Certains membres ont été d'avis que le seuil fixé était trop élevé tant pour les réfugiés que pour les apatrides ».

18. M. KATEKA (Corapporteur) fait observer qu'il y aurait une contradiction si le paragraphe commençait par dire « La Commission a décidé » puis parlait de « Certains membres ». Par souci de cohérence, il faudrait dire au début du paragraphe « La plupart des membres de la Commission ont décidé », puis poursuivre en disant « tandis que certains membres étaient d'avis que ».

19. M. TOMKA dit que le paragraphe 7 concerne le paragraphe 2 de l'article 7, qui a été adopté par la Commission à l'unanimité. S'il est vrai que des vues divergentes se sont exprimées dans les débats qui ont conduit à son adoption, il en a été pleinement rendu compte dans les rapports de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa cinquante-deuxième session[1] et de sa cinquante-troisième session[2]. Néanmoins, comme on en est à l'adoption du commentaire en première lecture, M. Tomka peut accepter d'inclure une phrase allant dans le sens proposé, par égard pour les nouveaux membres.

20. M. KATEKA (Corapporteur) dit qu'il doit être consigné clairement dans le rapport que certains membres – qui ne sont pas tous « nouveaux » – se sont déclarés opposés à l'inclusion d'une quelconque disposition sur la protection diplomatique des réfugiés et des apatrides.

21. Après un échange de vues auquel prennent part M. SIMMA, le PRÉSIDENT et M. KEMICHA, M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que le plus simple serait d'intégrer dans le corps du texte le contenu de la note de bas de page relative à la fin du paragraphe, après les mots « *de lege ferenda* ».

Le paragraphe 7, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 8 à 10

Les paragraphes 8 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

22. M. SIMMA dit que, dans la version anglaise, les mots « *State of refugee* » doivent être remplacés par « *State of refuge* ».

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté.

La section C du chapitre V du projet de rapport de la Commission, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

23. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner la section A et la première partie de la section B du chapitre V du projet de rapport de la Commission.

A. – Introduction (A/CN.4/L.619)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

24. M. TOMKA dit que, dans la version anglaise, le verbe « *established* », dans le membre de phrase « *established an open-ended informal consultation* », qui figure également au paragraphe 8, devrait être remplacé par « *convened* » ou « *held* ».

25. M. PELLET dit qu'il semble que les membres anglophones qui font des observations ne concernant que la version anglaise soient traités avec indulgence tandis que les intervenants qui parlent d'autres langues sont priés d'adresser leurs observations au secrétariat. Les mêmes règles devraient s'appliquer à tous les membres, quelle que soit leur langue de travail.

26. M. BROWNLIE dit qu'à son avis la formulation du paragraphe 6 est parfaitement acceptable.

Le paragraphe 6 est adopté.

[1] Voir *Annuaire... 2000*, vol. II (2e partie), chap. V, p. 75.

[2] Voir *Annuaire... 2001*, vol. II (2e partie), chap. VII, p. 209.

Paragraphes 7 et 8

Les paragraphes 7 et 8 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. – Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.619 et Add.1 et 6)

Paragraphe 9 (A/CN.4/L.619)

Le paragraphe 9 est adopté.

Paragraphe 9 *bis*

27. Le PRÉSIDENT appelle l'attention des membres sur un nouveau paragraphe 9 *bis*, qui se lit comme suit :

« À sa 2740e séance, tenue le 2 août 2002, la Commission a décidé que la question de la protection diplomatique des membres d'équipage des navires ainsi que des sociétés et des actionnaires ferait l'objet de consultations officieuses ouvertes à tous, sous la présidence du Rapporteur spécial. »

Le paragraphe 9 bis *est adopté.*

Paragraphes 10 à 12

Les paragraphes 10 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

28. M. TOMKA dit que la deuxième phrase élude la question de savoir si la protection diplomatique est bien une branche du droit international. En outre, l'affirmation selon laquelle « aucune branche du droit international n'était si féconde » est pour le moins discutable. Cette phrase devrait donc être supprimée.

29. Le PRÉSIDENT dit que la phrase ne reflète pas l'opinion de la Commission sur la question mais celle du Rapporteur spécial.

30. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que le rapport contient plusieurs affirmations qui lui sont attribuées, sur lesquelles la Commission peut ne pas être d'accord. Néanmoins, si la Commission devait censurer les erreurs de son rapporteur à un stade aussi tardif, cela constituerait un précédent fâcheux.

Le paragraphe 13 est adopté.

Paragraphes 14 à 17

Les paragraphes 14 à 17 sont adoptés.

Paragraphe 18

Le paragraphe 18 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 19

31. M. SIMMA dit, à propos de la première phrase du paragraphe 19, qu'il ne voit pas bien comment on peut faire la distinction entre le droit d'une organisation internationale d'exercer la protection diplomatique et son droit d'exercer la protection fonctionnelle. Le premier droit existe-t-il vraiment ?

32. M. PELLET dit que les propos rapportés dans cette phrase sont exacts. Certains membres ont soulevé la question de savoir si, dans certaines circonstances, par exemple lorsqu'elle administre un territoire, une organisation internationale peut éventuellement exercer une protection de nature diplomatique plutôt que fonctionnelle. M. Pellet comprend mal, à cet égard, pourquoi certains membres semblent résolus à critiquer les remarques faites par d'autres.

33. Le PRÉSIDENT est d'accord avec M. Pellet. Si une organisation internationale va au-delà de l'exercice de la protection fonctionnelle en prétendant exercer la pleine protection diplomatique, cela peut poser des problèmes pour l'État de nationalité.

34. M. SIMMA estime que l'ONU ne peut pas exercer de protection diplomatique à proprement parler.

35. M. GAJA rappelle que, dans son avis consultatif relatif à l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la CIJ a traité de deux questions : en premier lieu, la protection fonctionnelle et, en deuxième lieu, la possibilité pour l'ONU de présenter une réclamation dans le cas de dommages personnels. La Cour a conclu que l'État de nationalité et l'ONU pouvaient tous deux présenter une telle réclamation. Il demande instamment à M. Simma de ne pas apporter de modification au texte.

36. M. SIMMA propose de remplacer les mots « d'exercer la protection diplomatique – non la protection fonctionnelle » par « de présenter une réclamation dans le cas de dommages aux personnes ».

37. Mme ESCARAMEIA appuie les remarques de M. Simma. Elle se souvient que, dans l'affaire citée, la protection des personnes avait de toute façon été considérée comme une forme de protection fonctionnelle. La référence qui est faite à la protection diplomatique dans le paragraphe 19 est une source de grande confusion et devrait être supprimée. Tout au plus pourrait-elle être remplacée par une référence à la protection des personnes.

38. M. GAJA propose, à titre de compromis, de supprimer les mots « diplomatique – non la protection fonctionnelle ».

Le paragraphe 19, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 20

Le paragraphe 20 est adopté.

Paragraphe 21

39. M. SIMMA demande des éclaircissements sur la signification de la deuxième phrase du paragraphe.

40. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la phrase reflète des remarques faites par Mme Xue, qui sont consignées dans le compte rendu analytique. Il n'appartient certainement pas à la Commission à ce stade de corriger l'opinion exprimée par un membre.

Le paragraphe 21 est adopté.

Paragraphes 22 et 23

Les paragraphes 22 et 23 sont adoptés.

Paragraphe 24

Le paragraphe 24 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 25

41. M. MOMTAZ dit qu'à la dernière phrase du paragraphe il convient de faire référence non pas au « droit maritime », mais au « droit de la mer ».

Le paragraphe 25, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 26

Le paragraphe 26 est adopté.

Paragraphe 27

42. M. SIMMA dit que le membre de phrase « qui énonçait, par exemple, l'obligation d'autoriser l'équipage et les passagers à poursuivre leur voyage », figurant à la fin de la première phrase, n'est pas pertinent et devrait être supprimé.

43. M. DUGARD (Rapporteur spécial) signale que, la veille, les médias ont rapporté la saisie, au large de la Somalie, d'un navire britannique dont l'équipage était ukrainien. La Royal Navy s'emploie actuellement à rechercher les membres d'équipage ukrainiens pour leur permettre, ainsi qu'il est dit au paragraphe 27, de « poursuivre leur voyage ». Ce paragraphe vise une forme de protection qui, si elle n'est pas diplomatique, a pour but de protéger les membres de l'équipage des navires et des aéronefs. Le passage cité, qui a trait à cette obligation des États, est donc pertinent.

44. M. MOMTAZ dit que l'obligation en question incombe à l'État sur le territoire duquel l'infraction a été commise. Par souci de clarté, il faudrait compléter la phrase de manière à préciser ce point.

45. M. GALICKI dit que la phrase révèle la grande diversité de sources d'obligations et de possibilités d'exercice de la protection des membres d'équipage et des passagers, et doit donc être maintenue.

46. M. SIMMA précise qu'il ne souhaite pas la suppression du paragraphe entier, mais seulement de la première phrase. L'obligation qu'a un État sur le territoire duquel un aéronef a atterri de permettre à l'équipage et aux passagers de poursuivre leur voyage n'a rien à voir avec la protection diplomatique. La protection diplomatique n'entre en jeu que si, par exemple, l'aéronef a été détourné et atterrit sur le territoire d'un autre État. Cet État est alors tenu de laisser les membres de l'équipage et les passagers repartir et, s'il ne le fait pas, leur État de nationalité peut exercer la protection diplomatique. C'est là une question totalement différente de l'observation, rapportée au paragraphe 27, selon laquelle certains instruments contiennent des *leges speciales* sur la protection diplomatique de l'équipage et des passagers. M. Simma demande à nouveau instamment que l'on supprime la dernière partie de la première phrase du paragraphe 27.

47. Le PRÉSIDENT dit que ce membre de phrase indique le contexte général des lois spéciales qui pourraient s'appliquer dans de tels cas. Il n'est donc pas déplacé et reflète des observations formulées au cours du débat.

48. M. BROWNLIE dit que la présence de ce membre de phrase ne lui pose aucun problème mais qu'elle soulève une question de principe importante. Comme lui-même et M. Pellet l'ont fait remarquer auparavant, la protection diplomatique a un parent proche, qu'on pourrait appeler le « droit de la protection », mais qui ne relève pas du mandat de la Commission. Il existe, par exemple, de nombreux éléments du droit et de la pratique qui concernent la valeur attachée au port d'un passeport, mais cette question relève des obligations directes d'un État et n'a rien à voir avec la protection diplomatique. L'affaire du « *Saiga* » ne concernait pas la protection diplomatique, mais des préjudices directs et les obligations ordinaires découlant de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

49. M. KAMTO pense que le paragraphe 27 a trait non pas à la protection diplomatique, mais aux cas dans lesquels le droit international offre une protection aux membres d'équipage des aéronefs par le moyen de plusieurs conventions ou traités. Le paragraphe contraste avec les arguments énoncés dans les paragraphes précédents. Le seul problème est celui du manque de clarté sur le point de savoir quel est l'État auquel incombe l'obligation mentionnée dans la première phrase. Est-ce l'État de nationalité du navire ou de l'aéronef ? Est-ce l'État dans lequel l'incident ou l'accident s'est produit ? Une fois ce point précisé, le paragraphe devrait être acceptable.

50. M. DUGARD (Rapporteur spécial) souligne à nouveau que l'observation rapportée dans la première phrase est exacte et pertinente mais ajoute que la modification proposée par M. Momtaz est entièrement acceptable.

Le paragraphe 27, tel que modifié, est adopté.

Paragraphes 28 à 32

Les paragraphes 28 à 32 sont adoptés.

Paragraphes 33 et 34

51. M. PELLET dit que les deux premières phrases du paragraphe 34 expriment une critique de la suggestion de se référer dans le projet d'articles à la théorie des « mains propres », suggestion déjà critiquée dans le paragraphe 33, tandis que la suite du paragraphe 34 la défend. Les deux phrases en question devraient donc être placées à la fin du paragraphe 33.

Il en est ainsi décidé.

52. Le PRÉSIDENT, répondant à M. AL-BAHARNA et à M. PELLET, suggère qu'à la suite de cette modification les mots « À l'inverse », figurant au début de la troisième phrase du paragraphe 34, soient remplacés par « D'un autre côté ».

Il en est ainsi décidé.

53. En réponse à des remarques de MM. MOMTAZ et SIMMA, M. BROWNLIE propose que les mots « si ce n'était comme argument de dernier recours », dans la deuxième phrase du paragraphe 34, soient remplacés par les mots « et même alors l'était surtout comme argument de dernier recours ».

Il en est ainsi décidé.

Les paragraphes 33 et 34, tels que modifiés, sont adoptés.

Paragraphes 35 et 36

Les paragraphes 35 et 36 sont adoptés.

Paragraphe 37

54. Le PRÉSIDENT, répondant à des remarques de MM. KAMTO et PELLET, indique que, même lorsqu'il n'a pas été donné suite à une proposition, l'usage est de la mentionner dans le rapport.

Le paragraphe 37 est adopté.

Paragraphe 38

Le paragraphe 38 est adopté.

Paragraphe 39

55. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'on lui a signalé que la deuxième phrase était inexacte : l'expression « nationalité des réclamations » n'a pas été employée par le Président, mais par la Cour elle-même, dans l'opinion consultative donnée en l'affaire de la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. Il propose donc de supprimer les mots « le Président en exercice, non anglophone, de ».

56. M. GAJA dit que ce qui importe en fait c'est que la Cour internationale de Justice ait parlé dans son avis, en français, de la « nationalité des réclamations ». Il faudrait donc modifier la fin de la deuxième phrase et dire, à propos de cette expression : « qu'elle avait aussi été employée en français par la CIJ dans son avis relatif à la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* ».

57. Le PRÉSIDENT, répondant aux remarques de MM. BROWNLIE, SIMMA et PAMBOU-TCHIVOUNDA, dit que, dans toutes les références à l'avis de la Cour internationale de Justice, le nom de l'affaire sera abrégé en « *Réparation des dommages* ».

58. M. SIMMA dit que, dans la première phrase du paragraphe, le fait que la notion de nationalité des réclamations soit qualifiée d'« anglophone » pose problème. Qu'est-ce qu'une notion anglophone ? Ne vaudrait-il pas mieux parler de notion de *common law* ? Ce qu'on a fait observer, ce n'est pas que l'expression n'avait pas d'équivalent « dans d'autres langues officielles », mais qu'elle n'existait pas dans certains autres systèmes juridiques.

59. M. PELLET dit que la phrase reflète fidèlement une chose qu'il a dite lui-même, mais qu'il est vrai que la notion en question ne devrait pas être décrite comme anglophone, mais comme appartenant à la *common law*. En tant que telle, elle est incompréhensible pour les praticiens de tout autre système juridique que celui de *common law*. Comme M. Pellet l'a déjà souligné, le Gouvernement français avait protesté vigoureusement contre l'emploi de l'expression « nationalité des réclamations » dans le projet d'articles sur la responsabilité des États et, sur ce point, il est pleinement d'accord avec lui.

60. M. KAMTO, appuyé par M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, dit que les mots « nationalité des réclamations » devraient être présentés comme étant une expression plutôt qu'une notion.

61. M. PELLET, rappelant que ce sont ses propres remarques qui sont citées dans cette phrase, confirme qu'il a bien parlé de notion.

Le paragraphe 39, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Paragraphes 40 et 41

Les paragraphes 40 et 41 sont adoptés.

Paragraphe 42

62. M. DUGARD (Rapporteur spécial), répondant à des remarques de MM. PELLET et BROWNLIE, suggère de reformuler le paragraphe comme suit : « Le Rapporteur spécial a constaté que les avis semblaient partagés sur la proposition visant à élargir la portée du sujet au droit de l'État de nationalité d'un navire ou d'un aéronef de présenter une réclamation au nom de l'équipage et des passagers. Il a noté que la question serait étudiée plus avant ».

Le paragraphe 42, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 43

Le paragraphe 43 est adopté.

Paragraphe 44

63. M. SIMMA trouve peu clair, dans la première phrase, le passage concernant un État qui « administrait, contrôlait ou occupait un territoire ». Il propose d'ajouter à ce membre de phrase les mots « qui n'était pas le sien ».

64. Le PRÉSIDENT dit que cela semble mettre en question la légitimité de la présence de l'État dans le territoire considéré.

65. M. BROWNLIE dit qu'il faut effectivement éviter de donner l'impression que l'exercice de la protection diplomatique a quelque chose à voir avec la juridiction : ce n'est pas le cas. Il est dangereux de paraître établir un lien entre le contrôle du territoire – que l'État détienne ou non ce contrôle à titre de souverain – et le pouvoir d'exercer la protection diplomatique.

66. M. SIMMA dit que la première phrase fait référence au fait que la Commission ne souhaite pas examiner la question de savoir si quelque chose ressemblant à la

protection diplomatique est possible dans les situations où un État administre, contrôle ou occupe un territoire étranger. Dans le libellé actuel, cependant, la signification du mot « territoire » n'est pas claire. La phrase devrait à tout le moins indiquer qu'elle ne concerne pas les cas où un État administre son propre territoire, parce qu'il s'agit alors de la protection diplomatique normale.

67. M. DAOUDI demande des éclaircissements au sujet du type d'occupation visé. Si le Rapporteur spécial songe à une occupation militaire contrevenant aux règles des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, du 12 août 1949, la Commission, en utilisant la formulation proposée, risque de conférer une certaine légitimité à l'occupation étrangère.

68. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA partage cet avis. Si l'on veut parler d'une occupation militaire telle que celle de la Palestine, le mot « occupait » ne sera pas acceptable pour la Sixième Commission.

69. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que, la première fois qu'il a soulevé cette question, il a mentionné deux exemples évidents, l'occupation du Sahara occidental par le Maroc et celle de la Palestine par Israël. Il s'agissait clairement de territoires étrangers. Il n'a pas d'objection à ajouter après « territoire » l'adjectif « étranger », ou les mots « autre que le sien ». Mais il ne voit pas comment la phrase pourrait être interprétée comme légitimant l'occupation; elle indique simplement que la Commission ne compte pas examiner la question.

70. M. MOMTAZ appuie le point de vue exprimé par M. Daoudi : le terme « occupation » lui pose problème, d'autant que l'occupation est un fait illicite au regard du droit international. On risque de penser que l'occupation pourrait servir de fondement à l'exercice de la protection diplomatique par un État occupant.

71. M. OPERTTI BADAN est du même avis. L'emploi par la Commission de ce terme, même tempéré par le fait que la proposition de M. Pellet n'a recueilli qu'un faible soutien, serait un premier pas vers la légitimation de l'occupation. Il ne doit pas y avoir de confusion entre la question de la protection diplomatique et des situations qui contreviennent au droit international.

72. M. PELLET dit que le débat a porté à la fois sur des problèmes de fond et de forme. Le fait qu'une occupation soit illicite – qu'il s'agisse de celle de la Palestine par Israël ou de la Namibie par l'Afrique du Sud, pour ne prendre que deux exemples – n'a aucune incidence sur la question de savoir pourquoi les habitants d'un territoire occupé devraient être privés de protection, qu'elle soit diplomatique ou non. Quant à la forme de la phrase contre laquelle certains membres se sont élevés, le fait est qu'elle reflète exactement ce que lui-même et d'autres ont dit et qu'il n'y a donc aucune raison de supprimer le mot « occupait ». La question de savoir si les membres approuvent ou non la proposition initiale de M. Pellet importe peu.

73. M. DUGARD (Rapporteur spécial), après avoir répété qu'il ne voit pas en quoi la phrase en question soulève la question de la légitimité ou de la non-légitimité d'un état d'occupation, fait observer que la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre (IVe Convention) reconnaît la licéité de l'occupation et établit un régime juridique en conséquence. Lorsqu'en mars 2002 le Secrétaire général a qualifié d'illégale l'occupation de la Palestine[3], il faisait allusion au fait que cette occupation constituait une violation du paragraphe 6 de l'article 49 de la Convention.

74. M. PAMBOU-TCHIVOUNDA met au défi ceux qui préconisent le maintien du mot « occupait » de citer ne fût-ce qu'un cas dans lequel un État occupant illicitement un territoire a exercé sa protection diplomatique au bénéfice de ceux qui l'habitaient.

75. Le PRÉSIDENT, après avoir fait observer que la question ne concerne pas des États mais des personnes qui se trouvent prises dans des circonstances particulières, se demande si les membres, à cause de leur opinion sur la licéité de ces circonstances, doivent exclure l'emploi de certaines expressions.

76. M. TOMKA dit qu'il a été demandé de citer un exemple de situation dans laquelle une occupation n'était pas illicite. L'occupation de l'Allemagne à la fin de 1945 et au début de 1946, alors qu'il n'existait pas d'État allemand en tant que sujet du droit international, était licite.

77. M. SIMMA dit que M. Pambou-Tchivounda avait en fait demandé qu'on lui cite un exemple de cas où la protection diplomatique ait été exercée par la puissance occupante au bénéfice d'habitants d'un territoire occupé.

78. Le PRÉSIDENT dit que, dans l'Allemagne de l'après-guerre, si l'une des quatre puissances occupantes avait, par exemple, démonté des rails de tramway pour les utiliser sur son propre territoire, l'une des trois autres aurait pu intervenir pour l'en empêcher au nom d'une société de tramways allemande.

79. M. DAOUDI dit qu'étant donné qu'on ne connaît en pratique aucun cas de protection diplomatique exercée par un État occupant il s'agit d'une situation hypothétique et que cela devrait apparaître dans le rapport. Quant au fond, il se demande comment une autorité occupante pourrait bien protéger les habitants du territoire occupé alors que, comme dans le cas de la Palestine, la Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre n'est en fait pas appliquée. S'agissant d'une protection militaire, les choses pourraient être différentes.

80. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que cette question, qui est également liée à celle de la reconnaissance, pourrait faire l'objet d'un débat des plus intéressants. Par exemple, la Jordanie a occupé la Cisjordanie de 1949 à 1967. Bien qu'elle se considérât comme la puissance souveraine et ait été reconnue comme telle, croit-il savoir, par le Pakistan et le Royaume-Uni, uniquement, aux yeux du reste du monde elle était un occupant. Elle a néanmoins délivré des passeports aux Palestiniens de Cisjordanie et protégé les détenteurs de tels passeports dans diverses régions du monde. De même, l'Afrique du Sud a, à l'occasion, protégé certains Namibiens quand elle occupait leur pays. Ce pourrait être là un sujet de débat fécond, mais qui n'a aucun rapport avec la première phrase du paragraphe 44, où il est simplement dit que

[3] Voir S/PV.4488.

M. Pellet a fait une certaine suggestion qui a été rejetée par la Commission comme allant au-delà de son mandat.

81. M. KOSKENNIEMI dit que, de 1940 à 1990, les États baltes ont été occupés par l'Union soviétique, qui a systématiquement exercé la protection diplomatique au bénéfice de ceux qui vivaient sous l'occupation.

82. M. KEMICHA dit que la simple suggestion que la protection diplomatique est accessible à ceux qui vivent dans des territoires occupés a des relents de cynisme. L'occupation est illicite, et il la trouve personnellement choquante. Il propose donc de remplacer les mots « administrait, contrôlait ou occupait un territoire » par « administrait ou contrôlait un territoire ».

83. Le PRÉSIDENT invite la Commission à examiner cette proposition, sans exclure que l'occupation puisse être couverte par l'administration ou le contrôle.

84. Mme ESCARAMEIA dit que l'expression « territoire occupé » est souvent associée à la situation au Moyen-Orient. Néanmoins, si on lui donne un sens plus large incluant toute situation dans laquelle une occupation de fait est contestée par les habitants du territoire concerné ou par le reste du monde, il est possible de trouver de nombreux exemples de protection diplomatique fournie par une puissance occupante, en particulier si l'on prend en considération les colonies et les anciennes colonies. Il y a eu quelques cas dans lesquels le Portugal a exercé sa protection diplomatique au profit des habitants de Macao, bien que ce territoire ne soit plus considéré comme portugais depuis 1976 et que l'on considère depuis la Déclaration commune sino-portugaise de 1987 qu'il y a seulement administration sans souveraineté territoriale. Cela n'a pas empêché le Portugal de fournir une protection diplomatique ou, à tout le moins, une certaine forme de protection aux habitants de Macao, par exemple lorsqu'une femme a été condamnée à mort à Singapour. Ni Singapour ni la Chine n'ont émis d'objection. La protection diplomatique est compatible avec l'occupation mais, si le mot « occupation » est automatiquement entendu au sens d'occupation illicite, Mme Escarameia peut comprendre la position des membres qui ont exprimé leur opposition à la première phrase du paragraphe 44.

85. M. DUGARD (Rapporteur spécial) tient à ce qu'il soit pris acte de sa très forte objection à toute modification de la première phrase. La suppression du mot « occupait » constituerait une atteinte à la liberté d'expression. Il n'est pas plus favorable à l'occupation que quiconque. D'ailleurs, il est le Rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme sur la situation des droits de l'homme dans les territoires palestiniens occupés. Tous ses rapports pointent le caractère illégitime de l'occupation. Mais l'occupation n'en est pas moins une réalité de la vie internationale. Il se trouve que M. Pellet a fait une proposition, et le Rapporteur spécial est opposé à ce que l'on supprime une partie de ce qui a été dit au motif que certains pensent que le sujet est trop sensible pour être mentionné.

86. M. CHEE fait observer que lorsque, entre 1945 et 1948, alors que son pays était occupé par les forces américaines, l'ancien Président coréen, Syngman Rhee, s'est rendu aux États-Unis à titre privé pour plaider auprès du Congrès en faveur de l'indépendance de la Corée, les États-Unis lui ont délivré des documents de voyage. M. Chee n'est pas certain que cela relève de la protection diplomatique.

87. Le PRÉSIDENT dit que la Commission s'est écartée de la question de savoir si le paragraphe 44 reflète ce qui a été dit à une occasion précise, pour s'embarquer dans un débat général sur l'occupation. Il souscrit à la demande du Rapporteur spécial de ne pas supprimer le mot « occupait ».

88. M. PELLET dit que, si M. Kemicha et d'autres sont choqués par sa position, qu'il persiste à défendre, il est lui-même choqué par le fait que, selon certains membres de la Commission, les Palestiniens, par exemple, qui subissent l'occupation depuis tant d'années, sont condamnés à ne bénéficier d'aucune protection diplomatique, si une puissance occupante se voit dénier la possibilité d'exercer une telle protection. Il n'émet aucun jugement sur la licéité de l'occupation; simplement, si occupation il y a, les habitants du territoire occupé ont besoin d'une protection diplomatique. Il est convaincu que sa position est justifiée *de lege ferenda* et que, dans la *lex lata*, on pourrait trouver toute une série d'exemples à son appui. En ce qui concerne l'emploi du mot « occupait », M. Pellet appuie vigoureusement la position du Rapporteur spécial; toute autre façon de faire serait pure censure. Les vues exprimées par M. Pellet et d'autres sont peut-être erronées, mais ce serait une erreur bien plus grande que de supprimer ce qu'ils ont dit. Un membre de la Commission n'a pas à censurer les vues d'un autre membre.

89. M. DAOUDI comprend bien l'argumentation du Rapporteur spécial, qui a fourni des exemples sur la base desquels la protection diplomatique pourrait être exercée par une puissance occupante. Il défie toutefois quiconque de citer un cas où un résident du Sahara ait bénéficié de la protection diplomatique du Maroc, ou un Palestinien ou un Syrien de celle d'Israël. L'idée est absurde. La situation de colonialisme, visée au paragraphe 43 du rapport, est tout à fait différente. M. Daoudi escompte que ses vues seront pleinement reflétées dans le compte rendu analytique de la séance.

90. Le PRÉSIDENT, après avoir dit que toutes les positions seront bien évidemment reflétées dans le compte rendu, prie instamment la Commission de ne pas discuter du bien-fondé juridique de ce qu'a déclaré le Rapporteur spécial mais d'accepter simplement le paragraphe 44 comme rendant fidèlement compte de ce qui a été dit.

91. M. KAMTO, après avoir fait observer qu'il est parfaitement légitime de la part de chaque membre de vouloir exprimer son opinion, dit qu'eu égard au débat qui vient d'avoir lieu il convient de se demander si le paragraphe 44 reflète véritablement le sentiment de la Commission. Le débat a montré que le libellé actuel du paragraphe ne bénéficiait quasiment d'aucun appui. La première phrase devrait être reformulée pour se lire comme suit : « Le Rapporteur spécial a noté également qu'il y avait eu une proposition tendant à inclure dans le champ de l'étude l'exercice de la protection diplomatique par un État qui administre, contrôle ou occupe un territoire ». Si la Commission le souhaite, il serait possible d'ajouter

une phrase disant : « Cette proposition n'a recueilli aucun soutien ».

92. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'un tel libellé va à l'encontre des faits. M. Pellet a fait une proposition et, s'il se souvient bien, plusieurs personnes ont appuyé son idée.

93. M. PELLET confirme que sa proposition tendant à ce que les habitants de territoires occupés ne soient pas privés de protection diplomatique a recueilli un certain soutien, en particulier de la part de M. Simma, qui ne se trouve pas actuellement dans la salle. Il n'a aucune objection contre la première partie du texte suggéré par M. Kamto; mais dire que la proposition n'a recueilli aucun soutien est tout simplement contraire à la vérité.

94. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que le texte qui a été suggéré donne à penser que M. Pellet a fait une proposition ridicule et qu'il s'est retrouvé isolé au sein de la Commission. Bien que lui-même, comme la plupart des autres membres, s'y soit déclaré opposé, la proposition était parfaitement rationnelle dans le contexte du débat sur les questions qui pourraient ou non être examinées dans le cadre du sujet de la protection diplomatique.

95. M. AL-BAHARNA dit que les vues de la Commission seraient reflétées si l'on insérait dans le rapport une phrase en ce sens : « Certains membres ont objecté à l'emploi du mot "occupait".

96. M. MOMTAZ dit que, bien que considérant lui-même avec sympathie la proposition de M. Pellet et la préoccupation qui la sous-tend, il pense que la suppression du mot « occupait » n'affaiblirait en aucune manière cette préoccupation. L'administration ou le contrôle n'excluent pas l'occupation mais le terme « occupait » a une connotation très négative pour de nombreux membres de la Commission.

97. M. AL-MARRI suggère d'ajouter à la fin de la première phrase (après « au sein de la Commission ») les mots suivants : « dès lors que cela n'impliquait pas de violation des dispositions des Conventions de Genève pour la protection des victimes de la guerre, du 12 août 1949 ».

98. Le PRÉSIDENT dit qu'il ne voit aucune chance d'arriver à un compromis sur la question. Il y a quelque chose de kafkaïen dans le fait que la Commission ne soit pas capable de rendre compte de ce qui a été dit en séance. S'il n'y a pas d'objection formelle, il propose que le paragraphe 44 soit adopté en l'état.

À la demande de M. Kemicha, il est procédé à un vote.

Par 15 voix contre 9, avec 3 abstentions, le paragraphe 44 est adopté.

99. Le PRÉSIDENT dit qu'il déplore vivement que la Commission ait dû procéder à un vote, ce qui est tout à fait inhabituel.

La séance est levée à 13 heures.

2747e SÉANCE

Mardi 13 août 2002, à 15 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Brownlie, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kamto, M. Kateka, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pellet, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(suite)*

CHAPITRE V. – *Protection diplomatique* (fin) [A/CN.4/L.619 et Add.1 à 6]

1. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à poursuivre l'examen de la section B du chapitre V du projet de rapport de la Commission.

B. – Examen du sujet à la présente session *(fin)* [A/CN.4/L.619 et Add.1 et 6]

Paragraphe 45 (A/CN.4/L.619)

2. M. TOMKA fait observer que, dans le commentaire de l'article 3 [5], il n'est fait mention, à propos de l'affaire *Nottebohm*, ni de la clause Calvo ni de la règle des « mains propres ». Il propose en conséquence de supprimer le membre de phrase « ainsi que dans le commentaire de l'article 3 [5] dans le contexte de l'affaire *Nottebohm* ».

Le paragraphe 45, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 46

3. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que ce paragraphe porte sur la question du déni de justice, qui est examinée de manière pratiquement identique dans la dernière partie de la section B du rapport. Il propose en conséquence de supprimer ce paragraphe.

Le paragraphe 46 est supprimé.

Paragraphes 47 à 51

Les paragraphes 47 à 51 sont adoptés.

Paragraphe 52

Le paragraphe 52 est adopté avec une modification rédactionnelle.

Paragraphe 53

Le paragraphe 53 est adopté avec une modification rédactionnelle.

Paragraphes 54 à 56

Les paragraphes 54 à 56 sont adoptés.

Paragraphe 57

4. M. PELLET propose de préciser que c'est en deuxième lecture que la distinction dont il est question à la fin de l'avant-dernière phrase n'a pas été retenue.

Le paragraphe 57, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 58

Le paragraphe 58 est adopté.

Paragraphe 59

5. M. GAJA propose de supprimer, dans la deuxième phrase, les mots « dans la perspective d'un petit État » car ils laissent entendre que c'est l'État qui épuise les recours internes. Il propose également d'ajouter, dans la version anglaise, le mot « *always* » après les mots « *was not* ».

Le paragraphe 59, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 60 à 63

Les paragraphes 60 à 63 sont adoptés.

Paragraphe 64

6. M. PELLET propose de modifier la dernière phrase comme suit : « La règle de l'épuisement des recours internes n'était pas impérative mais était sujette à l'accord des parties ».

Le paragraphe 64, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 65 à 79

Les paragraphes 65 à 79 sont adoptés.

Paragraphe 80

7. M. PELLET dit que, dans la version française, il convient de remplacer l'expression « droit romain » par « droit romano-germanique » ou « droit d'origine latine ».

8. M. SIMMA estime que les cinquième et sixième phrases ont trait à la pertinence de la jurisprudence relative aux droits de l'homme et qu'il conviendrait en conséquence de les incorporer plutôt au paragraphe 82 qui traite de cette question.

Le paragraphe 80, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 81

Le paragraphe 81 est adopté.

Paragraphe 82

Le paragraphe 82, enrichi des cinquième et sixième phrases du paragraphe 80, est adopté.

Paragraphes 83 et 84

Les paragraphes 83 et 84 sont adoptés.

Paragraphe 85

9. M. PELLET dit qu'il ne comprend pas très bien le sens de l'avant-dernière phrase.

10. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que cette phrase n'est pas absolument nécessaire et propose de la supprimer.

Le paragraphe 85, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 86

Le paragraphe 86 est adopté.

11. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner la suite de la section B du chapitre V du projet de rapport sur les articles 14 et 16.

A/CN.4/L.619/Add.1

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

12. M. SIMMA propose de supprimer le mot « générique » à la première phrase.

Le paragraphe 2, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 3 à 13

Les paragraphes 3 à 13 sont adoptés.

Paragraphe 14

13. M. SIMMA, appuyé par M. PELLET, dit qu'il convient de préciser dans une note de bas de page de quel document est extraite la citation concernant l'affaire *ELSI*.

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 15 à 27

Les paragraphes 15 à 27 sont adoptés.

Paragraphe 28

14. M. GAJA fait observer que, dans l'affaire de la *Fonderie de Trail* (Trail Smelter), les États-Unis étaient l'État

demandeur et le Canada l'État défendeur, et non pas l'inverse. Il convient donc de modifier l'avant-dernière phrase en conséquence.

Le paragraphe 28, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 29 à 31

Les paragraphes 29 à 31 sont adoptés.

Paragraphe 32

15. M. PELLET dit qu'il conviendrait de rappeler, dans la dernière phrase du paragraphe, ce qu'était la voie adoptée en 1996.

16. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que cette phrase renvoie à la dernière phrase du paragraphe 26 et qu'il souscrit à l'observation de M. Pellet, à savoir qu'une précision s'imposerait.

17. M. GAJA propose de supprimer la référence à 1996, car de toute façon la décision avait été prise dans les années 70, et de remanier comme suit la dernière phrase du paragraphe 32 : « Dès lors, le Rapporteur spécial s'en remettait à la Commission pour décider si elle souhaitait laisser la pratique des États se développer à cet égard, ou si elle estimait nécessaire d'intervenir *de lege ferenda* ».

Le paragraphe 32, tel que modifié par M. Gaja, est adopté.

Paragraphes 33 à 43

Les paragraphes 33 à 43 sont adoptés.

Paragraphe 44

18. M. GAJA fait observer, en ce qui concerne la dernière phrase du paragraphe 44, que les conventions multilatérales européennes n'ont pas pour objet de limiter la responsabilité des parties contractantes mais de régler la question de la responsabilité civile. Il propose donc de modifier comme suit la fin de la dernière phrase du paragraphe 44 : « qui avaient précisément pour objet de régler la question de la responsabilité civile en cas d'accident de ce type ».

Le paragraphe 44, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 45 à 48

Les paragraphes 45 à 48 sont adoptés.

Paragraphe 49

19. M. SIMMA dit que la dernière proposition de la deuxième phrase, soit « comme le confirmait l'évolution de la notion de responsabilité des États », n'a guère de sens et est de toute façon inutile. Il propose donc de la supprimer, la phrase en question se terminant alors après « codification ».

20. M. PELLET dit qu'à l'avant-dernière phrase la formule « Toute tentative pour épuiser les recours internes » est au mieux maladroite. Il conviendrait de dire « Exiger l'épuisement des recours internes ».

21. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que, dans le texte anglais, le mot « *Attempt* » pourrait être remplacé par « *Requirement* ».

Le paragraphe 49, avec les modifications proposées par M. Simma et M. Pellet, est adopté.

Paragraphe 50

Le paragraphe 50 est adopté.

Paragraphe 51

22. M. GAJA, se référant à l'avant-dernière phrase du paragraphe 51, dit que ce n'est pas l'étranger qui peut présenter une réclamation directe mais bien son État de nationalité. Il conviendrait donc de dire, au lieu de « réclamation directe de celui-ci », « réclamation directe de cet État ».

23. M. BROWNLIE fait observer, s'agissant de la fin de la première phrase du paragraphe, qu'il ne suffit pas de mentionner la responsabilité (*liability*) car selon les circonstances une réclamation pourrait être fondée sur la responsabilité de l'État.

24. M. PELLET, appuyé par M. DUGARD (Rapporteur spécial), souscrivant à l'observation de M. Brownlie, propose de modifier comme suit la fin de la phrase : « on n'était plus dans le contexte de la responsabilité dont relève la protection diplomatique, mais dans celui de la responsabilité (*liability*) ».

Le paragraphe 51, tel que modifié par M. Simma et M. Pellet, est adopté.

Paragraphe 52

25. M. SIMMA estime que, dans le texte anglais, le mot « *obstruct* » est trop fort.

26. Le PRÉSIDENT propose de le remplacer par « *hamper* ».

Le paragraphe 52, tel que modifié dans sa version anglaise, est adopté.

Paragraphes 53 à 63

Les paragraphes 53 à 63 sont adoptés.

A/CN.4/L.619/Add.6

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Paragraphe 2

27. Le PRÉSIDENT, intervenant en tant que membre de la Commission, se demande s'il est bien nécessaire de parler de la « fiction » de Vattel et si l'on ne pourrait pas dire « démarche ».

28. M. BROWNLIE estime qu'il serait préférable, plutôt que de parler de fiction, de ne pas mentionner Vattel du tout. Pour Vattel, en effet, il ne s'agissait pas d'une fiction, mais bien d'une réalité.

29. M. PELLET regrette que le Président ait cru devoir rouvrir le débat sur une question dont la Commission a débattu pendant des heures. Il souligne quant à lui qu'il s'agit sans aucun doute possible d'une fiction, et que de toute façon c'est bien ce que le Rapporteur spécial a dit.

30. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait observer que l'on a souvent évoqué la fiction de Vattel, et qu'il a bien employé l'expression lorsqu'il a présenté l'article 16. Il préférerait donc qu'on garde l'expression.

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté.

Paragraphe 4

31. M. SIMMA propose de remplacer, dans la deuxième phrase, le mot « intervention » par « protection ».

32. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'« intervention » a une acception plus large que « protection » et que c'est à dessein qu'il a choisi ce mot.

Le paragraphe 4 est adopté.

Paragraphe 5

33. M. BROWNLIE propose de remplacer, dans la deuxième phrase, l'expression « les États occidentaux » par « les États exportateurs de capitaux ».

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 6 à 8

Les paragraphes 6 à 8 sont adoptés.

Paragraphe 9

34. Mme ESCARAMEIA fait observer que ce paragraphe ne reflète pas un des points de vue exprimés, selon lequel l'article 16 n'est pas à proprement parler une clause Calvo mais concerne plutôt l'épuisement des recours internes. Elle propose donc d'ajouter, après la deuxième phrase, la suivante : « Une opinion a été exprimée selon laquelle le projet d'article ne traitait pas de la clause Calvo au sens classique de l'expression, mais d'une simple obligation d'épuisement des recours internes dans des circonstances particulières ».

35. Le PRÉSIDENT propose, eu égard au début du paragraphe, de modifier le début de cette nouvelle phrase comme suit : « On a aussi émis l'avis que le projet d'article […] ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 9, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 10 à 12

Les paragraphes 10 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

36. M. GAJA propose de supprimer, à la quatrième phrase, le mot « exclusivement », de même que la cinquième phrase, car elle ne veut rien dire.

37. M. PELLET fait valoir que, si on enlève le mot « exclusivement », alors la phrase ne veut plus rien dire. Reconnaissant toutefois que la formulation de cette phrase n'est pas des plus heureuses, il propose le libellé suivant : « L'étranger pouvait toutefois se placer exclusivement sous la protection des lois du pays d'accueil ». Quant à la phrase suivante, on ne peut pas s'en passer, bien que l'on puisse en améliorer la formulation.

38. M. GAJA dit qu'il accepte le libellé proposé par M. Pellet pour la phrase considérée. À son avis, toutefois, si l'on tient à garder la phrase suivante, il faut absolument la remanier, car la protection diplomatique est une prérogative de l'État et non de l'étranger. On pourrait peut-être dire que l'étranger devrait renoncer à invoquer la protection de son État.

39. M. OPERTTI BADAN fait observer que la proposition de M. Pellet risque de restreindre le champ de la protection diplomatique.

40. M. PELLET précise que la renonciation à la protection du droit international entraîne certes la renonciation à la protection diplomatique, mais il s'agit quand même de deux renonciations différentes. À son sens, c'est du mot « respecter » que vient le problème. En effet, on ne peut pas dire que l'étranger s'engage à respecter les lois du pays d'accueil : ce n'est pas un choix, il est tenu de le faire.

41. M. GAJA, appuyé par M. BROWNLIE, propose de remplacer l'expression « respecter exclusivement » par « s'en remettre exclusivement », en supprimant la phrase suivante.

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

42. M. OPERTTI BADAN dit qu'il faut remanier le début de la première phrase, qui est trop vague.

43. Le PRÉSIDENT propose la formulation suivante : « Certains ont également déclaré que […] ».

Le paragraphe 14, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 15

Le paragraphe 15 est adopté.

Paragraphe 16

44. M. GAJA dit que la proposition évoquée au paragraphe 16 était la sienne, mais que le paragraphe ne rend pas exactement compte de ce qu'il a voulu dire. En effet, il n'avait pas proposé une reformulation de l'article 16

mais plutôt la rédaction d'une disposition générale sur la renonciation.

45. M. DUGARD (Rapporteur spécial) fait observer que cette proposition figure aussi ailleurs dans le texte et qu'il faudra en tenir compte si l'on décide de remanier le paragraphe 16.

46. M. GAJA propose le libellé suivant : « La Commission a en outre examiné une proposition tendant à ce qu'une disposition générale sur la renonciation […] soit rédigée […] ».

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 17 à 19

Les paragraphes 17 à 19 sont adoptés.

Paragraphe 20

47. M. PELLET dit qu'en adoptant la suggestion de M. Gaja, tendant à supprimer dans le paragraphe 16 la référence au Comité de rédaction, on a rendu le paragraphe 20 difficilement compréhensible. La proposition de faire rédiger par ce comité une disposition générale sur la renonciation ayant disparu, on ne sait plus, dans le paragraphe 20, à quoi le Rapporteur spécial fait allusion. La formule finale « comme cela avait été proposé avant que la plénière n'examine une telle disposition » n'est pas claire non plus. À moins que ladite proposition n'ait figuré dans le rapport du Rapporteur spécial, on ne voit pas comment elle aurait pu être « formulée » sans être examinée en plénière.

48. M. DUGARD (Rapporteur spécial) reconnaît que le paragraphe 16 a effectivement été modifié sans tenir compte du paragraphe 20. À son avis, il avait bel et bien été proposé de confier au Comité de rédaction le soin de rédiger une clause générale de renonciation même si M. Gaja n'en garde pas le souvenir. Cela étant, pour aligner le paragraphe 20 sur le paragraphe 16, on pourrait supprimer la référence au Comité de rédaction dans ce paragraphe et dire simplement, par exemple, que « le Rapporteur spécial a fait en outre observer qu'il ne serait pas approprié de rédiger une clause générale de renonciation comme cela avait été proposé avant que la plénière n'examine une telle disposition ».

49. M. PELLET fait observer que, dans la version française du texte, ce n'est pas le mot « approprié » qui est utilisé, mais le mot « inapproprié ».

50. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit qu'il s'agit d'une erreur. La version française devrait se lire : « qu'il ne serait pas approprié ».

51. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection il considérera que la Commission accepte la proposition de M. Gaja de supprimer au paragraphe 20 la référence au Comité de rédaction.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 20, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 21

Le paragraphe 21 est adopté.

Paragraphe 22

52. M. PELLET fait remarquer que ce paragraphe constitue une fin un peu sèche, après un très long développement. Peut-être faudrait-il ajouter une ou deux phrases expliquant les raisons pour lesquelles la Commission a décidé de ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction.

53. Le PRÉSIDENT, appuyé par M. BROWNLIE, dit que ce commentaire reflète simplement les choses telles qu'elles sont. La Commission n'a pas à se justifier d'avoir décidé de ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction. Du reste, les raisons qui ont poussé les différents membres à s'exprimer dans ce sens sont variées et on ne peut pas exposer en détail les motifs de chacun.

54. M. AL-BAHARNA propose une solution qui consisterait à rattacher le paragraphe 22 à la fin du paragraphe 21. La dernière phrase du paragraphe 21 se lirait alors comme suit : « Toutefois, la Commission a décidé de ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction ».

55. Le PRÉSIDENT fait remarquer que le mot « toutefois » risque de poser certains problèmes. Peut-être pourrait-on s'en dispenser. Sur le fond, il croit se souvenir qu'il y avait eu un « vote indicatif » sur la question du renvoi ou non de l'article 16 au Comité de rédaction et que les opinions étaient partagées.

56. M. DUGARD (Rapporteur spécial) préférerait qu'il ne soit pas fait référence à ce vote dont le résultat ne lui était pas apparu très clair.

57. M. PELLET dit que les raisons pour lesquelles la Commission a décidé de ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction sont en fait exposées aux paragraphes 12 à 15. Peut-être pourrait-on, en reprenant la proposition de M. Al-Baharna, supprimer le paragraphe 22 et terminer le paragraphe 21 par la formule suivante : « Néanmoins, pour les raisons exposées aux paragraphes 12 à 15 ci-dessus, la Commission a décidé de ne pas renvoyer l'article 16 au Comité de rédaction ».

58. M. SIMMA fait observer que les raisons qui sont données aux paragraphes 12 à 15 penchent essentiellement dans un sens négatif. Or, il est clair que les membres de la Commission étaient partagés de façon « presque égale », comme l'indique le premier membre de phrase du paragraphe 21. Il serait donc préférable de s'en tenir à la proposition initiale de M. Al-Baharna.

59. Le PRÉSIDENT dit que s'il n'y a pas d'objection il considérera que la Commission accepte que le paragraphe 22 soit supprimé et que son contenu, à l'exception des mots « par la suite », soit rattaché à la fin du paragraphe 21.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 21, sous sa forme modifiée, est adopté.

Paragraphes 23 à 26

Les paragraphes 23 à 26 sont adoptés.

Paragraphe 27

60. M. BROWNLIE propose d'ajouter les mots « concernant le traitement des ressortissants étrangers » après les mots « responsabilité de l'État » à la fin de la deuxième phrase.

61. M. TOMKA fait remarquer qu'en matière de responsabilité des États les règles concernant le traitement des étrangers sont des règles primaires et non des règles secondaires. Dans ces conditions, il se demande s'il ne vaudrait pas mieux insérer la formule proposée par M. Brownlie dans le membre de phrase précédent. La fin de la première phrase se lirait alors comme suit : « le déni de justice n'était pas limité à l'action ou l'inaction judiciaire et comprenait des violations, par l'exécutif et le parlement, du droit international relatif au traitement des ressortissants étrangers, couvrant ainsi la totalité du champ de la responsabilité de l'État ».

62. Le PRÉSIDENT se demande si l'on peut dire que le droit international relatif au traitement des ressortissants étrangers « couvre » la totalité du champ de responsabilité de l'État.

63. M. BROWNLIE dit que cette formulation, si elle ne change pas véritablement le sens du paragraphe, tend à mettre trop l'accent sur l'exécutif et le parlement, alors qu'aujourd'hui encore la notion de « déni de justice » reste très couramment utilisée dans les procédures arbitrales où elle constitue le fondement de nombreuses actions en justice visant à obtenir réparation d'un dommage causé à des ressortissants étrangers.

64. M. GAJA dit que l'on pourrait peut-être remplacer les mots « responsabilité de l'État » par les mots « conduite de l'État ».

65. M. SIMMA reconnaît que la juxtaposition des mots « droit international relatif au traitement des ressortissants étrangers » et « couvrant ainsi la totalité du champ de la responsabilité de l'État » pose en effet un problème. C'est ce dernier membre de phrase qu'il faudrait reformuler.

66. À l'issue d'un débat auquel participent M. DUGARD (Rapporteur spécial), M. BROWNLIE, M. SIMMA et M. TOMKA, le PRÉSIDENT suggère de supprimer le membre de phrase « couvrant ainsi la totalité du champ de la responsabilité de l'État », ce qui règle le problème de la définition du champ de la responsabilité de l'État.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 28

Le paragraphe 28 est adopté.

La section B du chapitre V du projet de rapport de la Commission, ainsi modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre V du projet de rapport de la Commission, tel qu'il a été modifié, est adopté.

La séance est levée à 18 heures.

2748e SÉANCE

Mercredi 14 août 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Baharna, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, M. Yamada.

Actes unilatéraux des États *(fin*)* [A/CN.4/524, A/CN.4/525 et Add.1 et 2[1], A/CN.4/521, sect. D]

[Point 5 de l'ordre du jour]

1. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Président du Groupe de travail à composition non limitée sur les actes unilatéraux des États, Rapporteur spécial) informe la Commission que des consultations informelles sur les actes unilatéraux des États ont eu lieu la semaine précédente, faisant suite à des consultations similaires pendant la première partie de la session. Deux sujets ont été au centre des discussions, le premier étant la nécessité d'un recensement de la pratique des États dans le domaine des actes unilatéraux des États, afin d'asseoir les travaux de la Commission sur une base plus solide et, même, d'arriver à définir convenablement le sujet. M. Simma a présenté une proposition intéressante, à savoir que ce recensement soit effectué avec l'aide d'une société privée allemande. La coordination serait assurée à la fois par M. Simma et lui-même. La méthodologie à suivre et le mandat donné pour ce recensement, qui seraient élaborés prochainement, seraient soumis à la Commission, et l'état d'avancement du projet serait évalué au fur et à mesure par M. Simma et lui-même.

2. La question du champ des futurs travaux a également été examinée. Il a été convenu qu'il fallait se concentrer sur le sujet de la reconnaissance, institution fondamentale du droit international, compte tenu des recherches déjà

* Reprise des débats de la 2727e séance.

[1] Reproduit dans *Annuaire... 2002*, vol. II (1re partie).

effectuées, qui pourraient accélérer les travaux de la Commission. Enfin, le Groupe de travail espère examiner le projet d'articles sur les actes unilatéraux des États présenté par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport à la Commission à sa précédente session[2], en vue d'améliorer le texte en tenant compte aussi bien des observations des membres que des résultats du recensement de la pratique des États. Le Président du Groupe de travail espère être en mesure de rester en relation avec ses collègues pendant l'intersession afin de les tenir informés des faits nouveaux.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(suite)*

CHAPITRE IV. – *Les réserves aux traités* (A/CN.4/L.618 et Add.1 à 4)

3. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner le chapitre IV du projet de rapport de la Commission.

C. – Projets de directive concernant les réserves aux traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission (A/CN.4/L.618/Add.2 et 3)

2. Texte des projets de directive adoptés par la Commission à sa cinquante-quatrième session et commentaires y relatifs (A/CN.4/L.618/Add.3)

Commentaire de la directive 2.1.1 (Forme écrite)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

4. Le PRÉSIDENT demande s'il est techniquement correct de parler de « seconde lecture » du projet de directive, dans la mesure où la première lecture n'est pas encore achevée.

5. M. PELLET (Rapporteur spécial) souligne que, comme l'indique la note de bas de page du début du paragraphe, il est fait référence dans ce paragraphe au quatrième rapport sur le droit des traités établi en 1965 par sir Humphrey Waldock, le rapporteur spécial de l'époque.

6. Le PRÉSIDENT, appuyé par M. TOMKA, propose que les mots « Rapporteur spécial » soient remplacés par « sir Humphrey Waldock », pour éviter toute confusion.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 7 à 11

Les paragraphes 7 à 11 sont adoptés.

Le commentaire de la directive 2.1.1, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de la directive 2.1.2 (Forme de la confirmation formelle)

7. M. SIMMA dit que, dans le texte anglais, les directives devraient être imprimées dans des caractères qui les distinguent du reste du texte, comme c'est le cas dans d'autres parties du rapport.

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Le commentaire de la directive 2.1.2 est adopté.

Commentaire de la directive 2.1.3 (Formulation d'une réserve au plan international)

Paragraphes 1 à 10

Les paragraphes 1 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

Le paragraphe 11 est adopté avec une modification de forme mineure dans sa première note de bas de page.

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 13

8. M. TOMKA dit que, telle qu'elle est formulée, la dernière phrase du paragraphe pourrait donner l'impression que la pratique en question est admise dans toutes les organisations internationales autres que les Nations Unies. Il conviendrait donc de remplacer les mots « des organisations internationales » par « certaines organisations internationales ».

Le paragraphe 13, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 14

9. M. TOMKA dit qu'alors que les paragraphes 11 et 12 traitent de la formulation de réserves le paragraphe 14 concerne leur transmission. La différence entre les deux procédures est importante. De plus, la pratique de la Convention sur les traités adoptée à La Havane en 1928, visée à la deuxième phrase, ne diffère pas de celle de l'Organisation des Nations Unies. Il serait d'avis de supprimer ce paragraphe.

10. M. PELLET (Rapporteur spécial) croit savoir qu'un représentant permanent auprès de l'Organisation des Nations Unies ne peut transmettre un acte de ratification que s'il a été signé par une autre autorité. Toutefois, si M. Tomka a raison, la comparaison avec la Convention sur les traités de La Havane pourrait poser problème; il vérifiera ce qu'il en est. Sur le premier point, M. Tomka se trompe : les paragraphes 11 et 12 traitent exactement de la même procédure, pour ce qui concerne la pratique du Secrétaire général de l'ONU. Il préférerait donc que le paragraphe 14 soit maintenu. Si la pratique de l'Organisation des Nations Unies n'est pas comparée à celle d'autres organisations, la directive elle-même sera mise en question.

[2] Voir 2723e séance, note 2.

11. Le PRÉSIDENT dit que, dans la mesure où les arguments aussi bien de M. Tomka que du Rapporteur spécial se fondent sur une convention de 1928, la Convention sur les traités de La Havane, non encore entrée en vigueur, la suppression du paragraphe pourrait être acceptable.

12. M. PELLET (Rapporteur spécial) propose de réduire le paragraphe à la phrase suivante : « Ainsi, par exemple, il semble que le Secrétaire général de l'OEA et celui du Conseil de l'Europe admettent des réserves "consignées" dans des lettres de représentants permanents ».

13. M. TOMKA dit qu'il reste préoccupé par le mot « transmis ». Alors que la pratique du Conseil de l'Europe est parfaitement claire, celle de la Convention de La Havane ne l'est pas. Il se demande, par exemple, si un représentant permanent pourrait faire une réserve et, dans l'affirmative, s'il pourrait le faire dans un document signé par lui. Les membres latino-américains de la Commission pourraient peut-être confirmer si les procédures de la Convention sur les traités de La Havane sont suivies. Une erreur de la Commission sur ce point ne manquerait pas d'être relevée par la Sixième Commission.

14. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'il peut garantir que la pratique est celle qu'il a décrite : un membre du secrétariat a reçu confirmation verbale sur ce point de la part du secrétariat de l'OEA. On en trouvera également confirmation dans son sixième rapport sur les réserves aux traités[3].

15. M. OPERTTI BADAN dit que la pratique habituelle en Amérique latine est qu'une réserve soit transmise par le ministre des affaires étrangères ou, d'ordre du ministre, par son représentant.

Le paragraphe 14, tel que modifié par le Rapporteur spécial, est adopté.

Paragraphes 15 et 16

Les paragraphes 15 et 16 sont adoptés.

Paragraphe 17

16. M. TOMKA dit que, par souci de cohérence avec le paragraphe 13, il conviendrait de dire, dans la première phrase, « certaines organisations internationales », plutôt que « des organisations internationales ».

Le paragraphe 17, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 18

17. M. GAJA relève que deux numéros d'articles des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 ont été laissés en blanc. Il convient de remplir ces blancs en y insérant les chiffres 10 et 12, respectivement.

Le paragraphe 18, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la directive 2.1.3, tel qu'il a été modifié, est adopté.

[3] Voir 2719e séance, note 10.

Commentaire de la directive 2.1.4 [2.1.3 bis*, 2.1.4]* (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves)

Paragraphes 1 et 2

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphes 4 à 10

Les paragraphes 4 à 10 sont adoptés.

Paragraphe 11

18. M. KAMTO trouve trop catégorique de dire qu'un État ne devrait jamais être admis à faire valoir que la violation des dispositions de son droit interne vicie une réserve qu'il a formulée, car l'analyse a montré que, même si les règles régissant la formulation des réserves ne figurent pas dans les constitutions nationales, elles peuvent être établies par d'autres dispositions de droit interne. C'est pourquoi il propose de remplacer le mot « jamais » par le mot « pas ».

Le paragraphe 11, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 12 et 13

Les paragraphes 12 et 13 sont adoptés.

Le commentaire de la directive 2.1.4 [2.1.3 bis*, 2.1.4], tel qu'il a été modifié, est adopté.*

Commentaire de la directive 2.1.5 (Communication des réserves)

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

19. M. MOMTAZ s'interroge sur l'emploi du mot « déroutante » dans la note de bas de page et se demande pourquoi la citation à laquelle se réfère cette note figure en anglais dans la version française du projet de rapport, alors qu'elle est tirée de l'*Annuaire de la Commission du droit international* de 1951 (*Yearbook of the International Law Commission 1951*, doc. A/CN.4/41).

20. M. PELLET (Rapporteur spécial) précise que les *Annuaires de la Commission du droit international* de 1949 à 1951 n'ont pas été publiés en français. Le mot « déroutante » a été utilisé parce que le libellé de la disposition citée est inhabituel dans la mesure où il est descriptif et non normatif. Toutefois, le Rapporteur spécial admet que la deuxième partie de la note de bas de page peut être supprimée.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphe 7

Le paragraphe 7 est adopté avec une modification de forme mineure.

Paragraphes 8 à 12

Les paragraphes 8 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

Le paragraphe 13 est adopté avec des modifications rédactionnelles mineures.

Paragraphes 14 à 26

Les paragraphes 14 à 26 sont adoptés.

Paragraphe 27

21. À la suite d'une discussion concernant la Communauté européenne et le point de savoir si elle a un secrétaire général, à laquelle prennent part MM. TOMKA, SIMMA et DAOUDI, M. PELLET (Rapporteur spécial) propose de modifier la deuxième phrase du paragraphe comme suit : « Ainsi, s'agissant de la Communauté européenne, le caractère collégial de la Commission pourrait poser quelques problèmes ».

Le paragraphe 27, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 28

Le paragraphe 28 est adopté avec une modification de forme mineure.

Paragraphe 29

Le paragraphe 29 est adopté.

Paragraphe 30

22. M. SIMMA se demande si le mot « *trickiest* » est une traduction appropriée des mots « la plus délicate ».

23. M. BROWNLIE dit que « *trickiest* » est légèrement familier, mais que le mot est parfaitement explicite, n'est pas argotique et n'a rien d'inconvenant; M. Brownlie ne voit donc aucune raison de le changer, même si l'emploi de ce mot est un peu inhabituel dans un contexte administratif.

24. M. PELLET (Rapporteur spécial) fait observer que, chaque fois qu'un membre francophone de la Commission critique le libellé du texte français, la question est renvoyée au secrétariat. Le mieux est donc de faire de même dans le cas présent.

25. M. SIMMA, appuyé par M. KATEKA (Rapporteur suppléant), déclare que, lorsqu'un membre de la Commission souhaite changer un mot, cela n'est pas aussi simple que de demander au secrétariat d'ajouter une virgule ou un point. Il s'agit d'une question de fond et non de pure forme, sur laquelle les membres de la Commission doivent pouvoir s'exprimer.

26. M. PELLET (Rapporteur spécial) déclare qu'il en prend bonne note et qu'il le rappellera à MM. Brownlie, Kateka et Simma ainsi qu'au Président lorsque les membres francophones de la Commission auront des critiques à formuler sur le texte français. La règle doit être la même pour tous.

27. M. TOMKA propose que, dans la deuxième note de bas de page, le mot « américaine » soit remplacé par l'expression « des États-Unis ».

Le paragraphe 30, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 31 à 33

Les paragraphes 31 à 33 sont adoptés.

Le commentaire de la directive 2.1.5, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de la directive 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] (Procédure de communication des réserves)

28. M. SIMMA signale une erreur au paragraphe 3 du texte anglais du projet de directive. Il convient d'insérer les mots « *an objection to* » après « *The time period for formulating* ».

Paragraphes 1 à 20

Les paragraphes 1 à 20 sont adoptés.

Paragraphe 21

29. Mme ESCARAMEIA propose d'insérer le membre de phrase « Bien que certains membres fussent d'avis contraire » dans l'avant-dernière phrase, avant les mots « la Commission a estimé que, dans ce cas ».

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 22

Le paragraphe 22 est adopté.

Paragraphe 23

30. M. GAJA dit que ce paragraphe donne l'impression que la date à laquelle une réserve est faite est celle où elle est communiquée aux autres parties contractantes; en réalité, lorsqu'il y a un dépositaire, c'est la date à laquelle elle est communiquée à ce dernier.

La séance est suspendue à 10 h 55; elle est reprise à 11 heures.

31. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit qu'après des consultations informelles le problème soulevé par M. Gaja apparaît moins complexe qu'il ne pouvait le sembler au premier abord. Il se rend compte à présent qu'en rédigeant le paragraphe 23 il avait sans doute à l'esprit le projet de

directive 2.1.6 dans son ensemble, et non pas simplement le paragraphe 2. M. Daoudi a soulevé un autre point pendant les consultations. Pour tenir compte de ces deux observations, M. Pellet propose de réviser le paragraphe 23 de la façon suivante : supprimer toute la partie de la deuxième phrase qui suit les mots « par le dépositaire »; remplacer la première partie de la troisième phrase, jusques et y compris les mots « reçu communication », par le texte suivant : « L'expression "le cas échéant" vise l'hypothèse où il existe un dépositaire. Dans ce cas, la communication de la réserve à celui-ci produit directement des effets, ne fût-ce qu'à l'égard du dépositaire lui-même, qui est tenu de la transmettre "dans les meilleurs délais", délais qui ne peuvent être appréciés qu'en fonction de la date à laquelle il en a lui-même reçu communication »; le reste de la troisième phrase (« de plus, […] à compter de cette date ») resterait inchangé; et la dernière phrase serait supprimée.

32. M. DAOUDI estime que, dans son libellé initial, le paragraphe 23 donne l'impression qu'aux termes de l'article 79 de la Convention de Vienne de 1986 et du projet de directive 2.1.6 la réserve est faite à partir du moment où elle est reçue par le dépositaire, autrement dit que le délai applicable à la réserve commence à courir à ce moment-là. Or, en fait, aussi bien selon l'article 79 de la Convention que selon le projet de directive 2.1.6, le délai ne peut commencer à courir que lorsque la réserve est reçue par l'État auquel elle est adressée. Certes, de nombreuses dispositions conventionnelles fixent comme point de départ du délai le moment de la réception de la communication par le dépositaire, mais ces dispositions visent des situations particulières. En règle générale, le délai pour formuler une objection ne peut commencer à courir qu'une fois la communication reçue par l'État concerné. La deuxième phrase du paragraphe 23 s'appliquerait, par exemple, au cas où le dépositaire laisserait dormir pendant un certain temps une communication. Dans un tel cas, la responsabilité du dépositaire entre certainement en jeu, mais il n'en demeure pas moins que la réserve n'a pas été reçue par l'État auquel elle est adressée, et que le délai alloué pour formuler une objection à la réserve ne saurait commencer à courir.

33. La nouvelle rédaction proposée par le Rapporteur spécial améliore nettement le texte, mais le dernier membre de phrase, « délais qui ne peuvent être appréciés qu'en fonction de la date à laquelle il en a lui-même reçu communication », laisse le problème sans solution et pourrait donner lieu à des malentendus. Il devrait donc être supprimé.

34. M. PELLET (Rapporteur spécial) ne peut accepter la dernière proposition de M. Daoudi, dont l'adoption nuirait à la clarté du texte. Il est nécessaire de préciser que le délai servant à apprécier si la communication a été faite aussitôt que possible doit commencer à courir à partir de la date où la réserve est communiquée au dépositaire. La révision qu'il vient de proposer répond très largement au souci exprimé par M. Daoudi.

35. M. DAOUDI, répondant à une suggestion faite par le PRÉSIDENT, dit qu'il accepterait l'ajout à la fin du paragraphe 23 d'une phrase résumant le point de vue qu'il vient d'exprimer.

Le paragraphe 23, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Paragraphe 24

Le paragraphe 24 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Le commentaire de la directive 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8], tel qu'il a été modifié, est adopté.

Commentaire de la directive 2.1.7 (Fonctions du dépositaire)

Paragraphes 1 à 14

Les paragraphes 1 à 14 sont adoptés.

Le commentaire de la directive 2.1.7 est adopté.

Commentaire de la directive 2.1.8 [2.1.7 bis*]* (Procédure en cas de réserves manifestement [illicites])

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

36. M. GAJA dit que, par suite d'un oubli de la part de la Commission dans son ensemble, la mention relative à la nécessité de porter la question à l'attention, « [l]e cas échéant, de l'organe compétent de l'organisation internationale en cause », qui figure à l'alinéa *b* du paragraphe 2 du projet de directive 2.1.7, semble avoir été omise dans le projet de directive 2.1.8. Ce cas devrait être mentionné au paragraphe 2 de cette dernière directive.

37. M. PELLET (Rapporteur spécial) n'est pas certain que les directives 2.1.7 et 2.1.8 visent les mêmes situations. S'il s'agit vraiment d'un problème de fond, il affecte le texte des directives elles-mêmes, sur lequel il répugne à revenir à ce stade, sauf s'il apparaissait une omission manifeste, ce qui ne semble pas être le cas en ce qui concerne la directive 2.1.8.

38. M. GAJA dit qu'il est possible de réparer cette omission en précisant dans le commentaire qu'en règle générale le dépositaire est le secrétaire général de cette même organisation et que, par conséquent, il n'est pas nécessaire de traiter de cette situation dans le texte de la directive. Mais la Commission ne doit pas dire qu'elle en a traité, alors que ce n'est pas le cas.

39. Le PRÉSIDENT propose d'ajourner l'examen du paragraphe 4 en attendant que des consultations informelles aient eu lieu.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphes 5 à 7

Les paragraphes 5 à 7 sont adoptés.

Paragraphe 4 *(fin)*

40. M. GAJA annonce qu'à la suite de consultations informelles il a été décidé de recourir à un moyen inédit pour résoudre le problème soulevé à propos du projet

de directive 2.1.8. Afin de remédier à ce qui n'est qu'une simple mais malheureuse omission, le texte de cette directive sera aligné sur celui de la directive 2.1.7, ce qui évitera d'avoir à modifier le commentaire de la directive 2.1.8. Il propose donc d'ajouter au paragraphe 2 de la directive 2.1.8, avant les mots « en indiquant », les mots « et, le cas échéant, à l'organe compétent de l'organisation internationale en cause ».

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 4 est adopté.

Le commentaire de la directive 2.1.8 [2.1.7 bis*] est adopté.*

2.4 Procédure relative aux déclarations interprétatives

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté.

Commentaire de la directive 2.4.1 (Formulation des déclarations interprétatives)

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Le commentaire de la directive 2.4.1 est adopté.

Commentaire de la directive [2.4.2 [2.4.1 bis*]* (Formulation d'une déclaration interprétative au plan interne)]

Paragraphe 1

41. M. TOMKA dit qu'ayant reçu des renseignements erronés le Rapporteur spécial déclare au paragraphe 1 que dans deux cas, ceux de l'Estonie et de la Slovaquie, seul le Parlement est compétent pour formuler une déclaration interprétative au plan interne. En réalité, la Slovaquie fait partie des États dans lesquels cette compétence est partagée entre l'exécutif et le Parlement. Par conséquent, les mots « dans deux cas » devraient être remplacés par « dans un cas »; les mots « dans 13 cas » devraient être remplacés par « dans 14 cas », et la mention de la Slovaquie devrait être supprimée de la note de bas de page concernée et ajoutée à la note suivante.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 2 et 3

Les paragraphes 2 et 3 sont adoptés.

Le commentaire de la directive [2.4.2 [2.4.1 bis*], tel qu'il a été modifié, est adopté.*

Commentaire de la directive [2.4.3 [2.4.2, 2.4.9] (Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles)]

Paragraphes 1 à 4

Les paragraphes 1 à 4 sont adoptés.

Paragraphe 5

42. Le PRÉSIDENT, s'exprimant en qualité de membre de la Commission, propose de remplacer le mot « identique » par les mots « sensiblement similaire ».

43. M. PELLET (Rapporteur spécial) estime que, dans ce cas, il faudra à un moment ou à un autre examiner comment traiter des différences de régime dans le texte des directives elles-mêmes.

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

Le commentaire de la directive [2.4.3 [2.4.2, 2.4.9], tel qu'il a été modifié, est adopté.

La section C.2, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

A. – Introduction (A/CN.4/L.618)

Paragraphes 1 à 16

Les paragraphes 1 à 16 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. – Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.618 et Add.1 et 4)

Paragraphes 17 et 18 (A/CN.4/L.618)

Les paragraphes 17 et 18 sont adoptés.

Paragraphe 19

44. M. PELLET (Rapporteur spécial) objecte à l'emploi au paragraphe 19 de la formule « adopté à titre provisoire », soulignant qu'elle ne vaut que pour les deux dernières de la série de directives énumérées dans ce paragraphe et qu'elle risque de donner l'impression que tous les projets de directive pourront être réexaminés. De plus, il souhaiterait que le secrétariat ajoute un paragraphe rendant compte de l'adoption du commentaire des projets de directive, avec l'indication de la date et du numéro de séance correspondants.

45. Le PRÉSIDENT propose de remplacer les mots « adopté à titre provisoire » par « adopté en première lecture ». Quant à mentionner l'adoption des commentaires, dès lors qu'un texte est adopté, on part du principe que les commentaires y relatifs le sont aussi.

46. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que, comme on peut le constater au dernier paragraphe de l'introduction de la section B du chapitre V du rapport de la Commission consacré à la protection diplomatique, il y a bien un précédent en faveur de l'adjonction d'un paragraphe distinct mentionnant l'adoption des commentaires de texte.

47. Après un échange de vues auquel participent le PRÉSIDENT, M. PELLET (Rapporteur spécial) et M. TOMKA, le PRÉSIDENT dit qu'il sera procédé à l'ajout voulu, sur le modèle de ce qui a été fait dans la partie du rapport consacrée à la protection diplomatique.

Le paragraphe 19, tel qu'il a été modifié, est adopté sous cette réserve.

A/CN.4/L.618/Add.1

Paragraphe 1

48. M. PELLET (Rapporteur spécial) dit que le mot « conserver », dans la dernière phrase, est inexact. Le propos de ce paragraphe est d'indiquer que les organes de suivi des traités relatifs aux droits de l'homme font montre d'une grande souplesse, et s'abstiennent de prendre position de façon catégorique sur la validité des réserves. Il propose donc de remplacer les mots « les conserver » par les mots « se prononcer sur leur validité ».

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 2 à 29

Les paragraphes 2 à 29 sont adoptés.

A/CN.4/L.618/Add.4

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

49. M. GAJA dit que le membre de phrase « qui posait la question des obligations contradictoires », dans la deuxième phrase, est superflu et inexact et devrait être supprimé.

50. M. PELLET (Rapporteur spécial) explique que ce paragraphe rapporte des remarques qu'il a faites lui-même et que, même s'il s'est trompé et mérite peut-être à ce titre la censure, ces remarques doivent rester consignées dans le texte.

Le paragraphe 6 est adopté.

Paragraphes 7 à 12

Les paragraphes 7 à 12 sont adoptés.

Paragraphe 13

51. M. GAJA propose, dans la note de bas de page, de remplacer les mots « des questions » par « de nouvelles questions ».

Le paragraphe 13 est adopté, avec cette modification concernant la note de bas de page.

Paragraphes 14 à 20

Les paragraphes 14 à 20 sont adoptés.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

C. – Projets de directive concernant les réserves aux traités provisoirement adoptés à ce jour par la Commission *(fin)* [A/CN.4/L.618/Add.2 et 3]

1. TEXTE DES PROJETS DE DIRECTIVE (A/CN.4/L.618/Add.2)

La section C.1, avec la modification précédemment approuvée de la directive 2.1.8, est adoptée.

La section C, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre IV, tel qu'il a été modifié, est adopté.

La séance est levée à 13 heures.

2749e SÉANCE

Jeudi 15 août 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kabatsi, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pambou-Tchivounda, M. Pellet, M. Rodríguez Cedeño, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(suite)*

CHAPITRE VI. – *Actes unilatéraux des États* (A/CN.4/L.620 et Add.1 et 2)

1. Le PRÉSIDENT invite les membres à poursuivre l'adoption du projet de rapport de la Commission et à

passer au chapitre VI de celui-ci, concernant les actes unilatéraux des États.

A. – Introduction (A/CN.4/L.620)

Paragraphes 1 à 11

Les paragraphes 1 à 11 sont adoptés.

B. – Examen du sujet à la présente session (A/CN.4/L.620 et Add.1 et 2)

Paragraphe 12 (A/CN.4/L.620)

2. M. SIMMA fait observer qu'il n'y a pas d'additif 2 au document A/CN.4/525 et qu'il convient donc de supprimer les mots « et 2 » qui figurent entre parenthèses.

Le paragraphe 12, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 13

3. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) propose d'ajouter après le paragraphe 13 un paragraphe 13 *bis* qui indiquerait que des consultations officieuses lors desquelles deux aspects particuliers de la question ont été examinés ont eu lieu, et qu'à la séance précédente le coordonnateur de ces consultations a fait rapport à la Commission. Il indique qu'il remettra au secrétariat le texte de ce nouveau paragraphe.

Le paragraphe 13 est adopté, sous réserve de cet ajout.

Paragraphes 14 à 20

Les paragraphes 14 à 20 sont adoptés.

Paragraphe 21

4. M. BROWNLIE propose d'ajouter le mot « général » après le mot « international » au début de la deuxième phrase du paragraphe.

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 22 à 27

Les paragraphes 22 à 27 sont adoptés.

Paragraphe 28

5. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO propose, au paragraphe 28, de remplacer le mot « littérature » par « doctrine ».

Le paragraphe 28, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 29 à 33

Les paragraphes 29 à 33 sont adoptés.

Paragraphe 34

6. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) propose d'ajouter « en vertu du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies » après les mots « Conseil de sécurité ».

Le paragraphe 34, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 35 à 45

Les paragraphes 35 à 45 sont adoptés.

A/CN.4/L.620/Add.1

Paragraphe 1

7. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit qu'il conviendrait de supprimer le mot « malheureusement » qui figure à la deuxième phrase du paragraphe 1.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 2

Le paragraphe 2 est adopté.

Paragraphes 3 à 13

8. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit qu'il faudrait aligner les textes anglais et espagnol sur le texte français car l'opinion rapportée au paragraphe 3 et dans les paragraphes suivants est bien celle d'un membre.

9. M. KOSKENNIEMI dit que cette opinion est la sienne et qu'il l'a exprimée lors d'une longue déclaration.

10. M. DAOUDI, qu'appuie M. SIMMA, dit qu'il est nécessaire d'indiquer qu'il s'agit bien là de l'opinion d'un membre car c'est une opinion négative de la codification des actes unilatéraux des États, et la Commission ne doit pas donner à penser qu'elle la partage.

11. M. CANDIOTI propose pour ce faire d'apporter au texte les modifications suivantes : au paragraphe 3 du texte anglais, ajouter les mots « *by a member* » après les mots « *the point was made* »; au paragraphe 4 du texte anglais, remplacer les mots « *a practitioner's* » par le mot « *this* »; au paragraphe 5, ajouter, au début du paragraphe, les mots « Selon cette opinion »; au paragraphe 6, après le mot « sujet » qui figure à la première phrase, remplacer « il a été » par « le même membre a »; enfin, après le paragraphe 13, ajouter un nouveau paragraphe 13 *bis* ainsi libellé : « D'autres membres ont approuvé divers aspects des vues rapportées ci-dessus ».

12. À l'issue d'un débat auquel participent M. RODRIGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), M. KOSKENNIEMI, M. KAMTO, M. OPERTTI BADAN, Mme ESCARAMEIA, M. GAJA, M. MANSFIELD, M. KATEKA, M. PAMBOU-TCHIVOUNDA, M. KEMICHA et le PRÉSIDENT, il est décidé d'adopter la proposition de M. Candioti.

Les paragraphes 3 à 13, ainsi modifiés, et le nouveau paragraphe 13 bis *sont adoptés.*

Paragraphe 14

Le paragraphe 14 est adopté.

Paragraphe 15

13. M. KAMTO dit qu'étant l'auteur des propos qui sont résumés dans ce paragraphe il souhaiterait qu'à la deuxième phrase l'expression « entité juridique » soit remplacée par l'expression « être juridique » car c'est celle qu'il avait employée lors de son intervention en français.

14. M. CANDIOTI, appuyé par M. OPERTTI BADAN, dit que la traduction vers l'espagnol de l'expression « être juridique » risque de poser des problèmes. (À son avis, il faudrait plutôt parler en espagnol de « *fenómeno* » ou de « *hecho* ».)

15. M. BROWNLIE, appuyé par M. SIMMA, propose de remplacer, à la dernière phrase, l'expression « créer des institutions » qui prête à confusion, surtout dans les langues autres que l'anglais, par l'expression « créer des concepts intellectuels ».

16. M. KOSKENNIEMI dit que le paragraphe 15 renvoie au paragraphe 6 où est exprimée l'idée que les actes unilatéraux n'existent pas en tant qu'institution juridique. Utiliser, au paragraphe 15, une autre expression qu'« institution juridique » risque donc, à son avis, de prêter à confusion. Néanmoins, il n'insistera pas pour qu'elle soit maintenue.

Le paragraphe 15, tel que modifié par M. Brownlie, est adopté.

Paragraphe 16

17. M. KATEKA propose de remplacer les mots « Des membres », au début de la phrase, par « Certains membres ».

Le paragraphe 16, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 17 à 20

Les paragraphes 17 à 20 sont adoptés.

Paragraphe 21

18. M. GAJA note que la question de savoir quel organe est compétent pour faire une promesse ne se pose pas que pour un parlement ou un gouvernement. Elle peut également concerner, par exemple, des gouverneurs d'États fédérés lorsque la décision de ne pas exécuter une peine de mort tombe sous leur juridiction.

19. M. CHEE pense également que les mots « son parlement ou son gouvernement » ne sont pas appropriés.

20. M. SIMMA précise que ce paragraphe rend compte de l'une de ses interventions dans laquelle il avait évoqué le problème de l'extradition vers la Turquie de personnes se trouvant en Allemagne. La question juridique qui se posait était de savoir s'il suffisait que le Gouvernement turc s'engage à ne pas exécuter les personnes qui seraient extradées ou si le Parlement turc devait également faire une telle promesse. M. Simma souhaiterait en conséquence que la première phrase du paragraphe ne soit pas modifiée. S'agissant de la deuxième phrase, il reconnaît qu'elle ne reflète pas clairement sa pensée et propose de la modifier comme suit : « Cela démontrait que les articles sur la représentation des États dans la formulation d'actes unilatéraux proposée par le Rapporteur spécial correspondait à des besoins particuliers ».

Le paragraphe 21, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 22 à 24

Les paragraphes 22 à 24 sont adoptés.

Paragraphe 25

21. M. SEPÚLVEDA dit qu'il souhaiterait qu'il soit fait mention d'un certain nombre de vues qu'il a exprimées et qui ne sont pas reflétées dans le présent projet de rapport. Il avait notamment dit que la pratique de la reconnaissance des États n'était plus en vigueur parce que l'Organisation des Nations Unies, en admettant un nouvel État en son sein, supprimait en quelque sorte la nécessité d'une reconnaissance officielle de cet État. Il avait également indiqué que, dans le cas de certains États, la reconnaissance des États avait cessé d'être un acte unilatéral, parce qu'on ne procède plus à la reconnaissance d'un gouvernement. On décide tout simplement de maintenir ou de rompre les relations diplomatiques. S'agissant de la reconnaissance collective d'un État, il avait également parlé des conditions énoncées en la matière par l'Union européenne. Il avait en outre fait observer que pouvaient être destinataires d'actes unilatéraux des États non seulement des États et des organismes internationaux, mais également des mouvements de libération nationale. Enfin, il avait exprimé un certain nombre de vues sur la promesse et sur la nullité de certains actes, qui ne sont pas non plus reflétées dans le présent rapport. Il proposera ultérieurement à la Commission un texte qui fera la synthèse de tous ces points.

Le paragraphe 25 est adopté, sous réserve du passage que M. Sepúlveda se propose d'y inclure.

Paragraphes 26 à 28

Les paragraphes 26 à 28 sont adoptés.

Paragraphe 29

22. M. KOSKENNIEMI propose de remplacer, dans la deuxième phrase de la version anglaise, le mot « *inability* » par « *failure* » et de remanier les autres versions linguistiques en conséquence.

23. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit qu'il convient de modifier la première phrase dans la version espagnole en remplaçant « *clasificar* » par « *incluirse en la clasificación* ».

Le paragraphe 29 est adopté avec les modifications proposées par M. Koskenniemi et M. Rodríguez Cedeño.

Paragraphes 30 à 32

Les paragraphes 30 à 32 sont adoptés.

Paragraphe 33

24. Mme ESCARAMEIA propose de remplacer, dans la première phrase du texte anglais « *although* » par « *even if* », expression qui lui paraît refléter plus justement l'idée émise.

Le paragraphe 33, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 34

Le paragraphe 34 est adopté.

Paragraphe 35

25. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), appuyé par M. OPERTTI BADAN, dit que le mot « *trampas* » (pièges) est inacceptable en espagnol. Il propose de modifier la phrase comme suit : « *medios a los que los Estados recurían* ».

26. M. PELLET dit qu'il tient à garder le mot « piège », qu'il a utilisé à dessein. Il serait en effet absurde de dire que les États recourent à des actes volontaires de façon involontaire.

27. M. CANDIOTI propose de modifier la troisième phrase du paragraphe comme suit : « Les actes unilatéraux, comme les traités, pouvaient conduire à des situations dans lesquelles les États se retrouvaient pris contre leur volonté ».

28. M. PELLET se dit prêt à accepter la proposition, bien qu'il y voie une édulcoration du texte.

Le paragraphe 35 est adopté avec la modification proposée par M. Candioti.

Paragraphes 36 et 37

Les paragraphes 36 et 37 sont adoptés.

Paragraphe 38

29. M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) dit que le mot « *inaceptable* », qui est utilisé dans la première phrase de la version espagnole, est trop fort. Il préférait qu'on aligne le texte sur l'expression utilisée dans la version française.

Le paragraphe 38 est adopté sous réserve de la modification apportée à la version espagnole.

Paragraphes 39 à 42

Les paragraphes 39 à 42 sont adoptés.

Paragraphes 43 et 44

30. M. KOSKENNIEMI propose, pour améliorer la logique du texte, de déplacer la première phrase du paragraphe 44 au début du paragraphe 43.

Les paragraphes 43 et 44 sont adoptés avec la modification proposée par M. Koskenniemi.

Paragraphes 45 à 66

Les paragraphes 45 à 66 sont adoptés.

Paragraphes 67 et 68

31. M. GAJA dit qu'il faudrait supprimer la deuxième phrase du paragraphe 67, qui n'a aucun sens. Quant à la première phrase du paragraphe 68, il faudrait la modifier pour qu'elle se lise comme suit : « Il a été dit que la nullité devait être considérée comme pouvant être invoquée par un État quel qu'il soit, non seulement quand l'acte unilatéral a été contraire à une norme impérative du droit international, mais aussi en cas de menace ou d'emploi de la force ».

Les paragraphes 67 et 68, ainsi modifiés, sont adoptés.

Paragraphe 69

Le paragraphe 69 est adopté.

Paragraphe 70

32. M. SIMMA fait observer que, dans la version anglaise, la dernière partie de la phrase est mal construite, car on pourrait conclure à la nullité des décisions du Conseil de sécurité, ce qui n'est pas le cas.

33. Le PRÉSIDENT propose de supprimer l'ensemble du paragraphe 70.

Il en est ainsi décidé.

Paragraphes 71 à 83

Les paragraphes 71 à 83 sont adoptés.

A/CN.4/L.620/Add.2

Paragraphe 1

34. M. TOMKA propose de remplacer dans la deuxième phrase les mots « de codifier les actes unilatéraux » par « de codifier les règles relatives aux actes unilatéraux ».

35. Mme ESCARAMEIA dit que, si cette proposition est acceptée, il faudra remanier la fin de la phrase en remplaçant notamment les mots « ceux-ci n'existaient pas comme tels en droit international » par « ces actes n'existaient pas comme tels en droit international ».

36. M. MANSFIELD suggère de supprimer carrément le reste de la phrase qui se terminerait ainsi après les mots « actes unilatéraux ».

37. M. KAMTO, appuyé par M. RODRÍGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial), fait observer qu'il vaudrait mieux conserver cette phrase car elle reflète fidèlement ce qui a été dit au cours du débat.

38. À l'issue d'un échange de vues auquel participent M. TOMKA, M. KOSKENNIEMI, M. RODRIGUEZ CEDEÑO (Rapporteur spécial) et le PRÉSIDENT, il est décidé de maintenir toute la deuxième phrase du paragraphe en lui apportant les modifications proposées par M. Tomka et Mme Escarameia.

Le paragraphe 1, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 2 à 20

Les paragraphes 2 à 20 sont adoptés.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre VI, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE VIII. – ***Responsabilité des organisations internationales*** **(A/CN.4/L.624)**

39. Le PRÉSIDENT précise, en réponse à une question de M. Pellet, qu'aucun changement ne peut être apporté en principe au texte de ce document étant donné qu'il traite du rapport d'un groupe de travail, qui a déjà été normalement adopté par la Commission. Il propose par conséquent d'examiner en bloc, d'une part, les sections A et B et, d'autre part, la section C.

A. – Introduction; B. – Examen du sujet à la présente session

Les sections A et B sont adoptées.

C. – Rapport du Groupe de travail

La section C est adoptée.

L'ensemble du chapitre VIII est adopté.

CHAPITRE IX. – ***Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international*** **(A/CN.4/L.625)**

40. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à procéder pour l'examen du chapitre IX de la même façon que pour le chapitre VIII.

A. – Introduction

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. – Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Paragraphe 5

41. M. SIMMA rappelle qu'il conviendra dans la note de bas de page correspondante d'ajouter le nom de M. Mansfield parmi les membres du Groupe d'étude.

Le paragraphe 5 est adopté.

Paragraphe 6

42. Le PRÉSIDENT fait observer que, le rapport du Groupe d'étude ayant été modifié, il convient de l'indiquer en précisant après les mots « Groupe d'étude », les mots « tel qu'il a été modifié ».

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

La section B, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

C. – Rapport du Groupe d'étude

Paragraphes 7 à 9

Les paragraphes 7 à 9 sont adoptés.

Paragraphe 10

43. M. SIMMA fait observer qu'il conviendrait de supprimer les crochets qui entourent la sixième phrase dans la version anglaise.

Le paragraphe 10, ainsi modifié dans la version anglaise, est adopté.

Paragraphes 11 à 25

Les paragraphes 11 à 25 sont adoptés.

La section C, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

L'ensemble du chapitre IX, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE VII. – ***Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)*** **[A/CN.4/L.621]**

A. – Introduction

Paragraphes 1 à 11

Les paragraphes 1 à 11 sont adoptés.

La section A est adoptée.

B. – Examen du sujet à la présente session

Paragraphe 12

Le paragraphe 12 est adopté.

La section B est adoptée.

C. – Rapport du Groupe de travail

Paragraphes 13 à 28

Les paragraphes 13 à 28 sont adoptés.

La section C est adoptée.

L'ensemble du chapitre VII est adopté.

CHAPITRE X. – *Autres décisions et conclusions de la Commission* (A/CN.4/L.626 et Add.1)

A. – Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission (A/CN.4/L.626 et Add.1)

Paragraphes 1 et 2 (A/CN.4/L.626)

Les paragraphes 1 et 2 sont adoptés.

Paragraphe 3

Le paragraphe 3 est adopté, étant entendu qu'il sera complété par le secrétariat.

44. Le PRÉSIDENT invite les membres de la Commission à examiner la suite de la section A du chapitre X qui figure dans le document A/CN.4/L.626/Add.1.

1. Nouveaux sujets

Paragraphes 1 à 3

Les paragraphes 1 à 3 sont adoptés.

2. Programme de travail de la Commission pour le reste du quinquennat

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

Paragraphe 5

45. M. TOMKA, se référant au programme de travail pour 2005, note qu'il est fait mention, à propos des actes unilatéraux des États, du « huitième rapport du Rapporteur spécial sur les règles applicables aux actes unilatéraux dont il n'a pas été traité dans la deuxième partie ». Or le huitième rapport relève aussi de la deuxième partie. Il faudrait donc remplacer les mots « la deuxième partie » par « le septième rapport ».

Le paragraphe 5, ainsi modifié, est adopté.

3. Programme de travail à long terme

Paragraphe 6

Le paragraphe 6 est adopté.

4. Procédures et méthodes de travail

Paragraphes 7 et 8

Les paragraphes 7 et 8 sont adoptés.

5. Mesures d'économie

Paragraphe 9

Le paragraphe 9 est adopté.

6. Honoraires

Paragraphes 10 à 14

Les paragraphes 10 à 14 sont adoptés.

Paragraphe 15

46. À la suite d'un échange de vues auquel participent M. SIMMA, M. PELLET et M. CANDIOTI concernant la question de savoir s'il faudrait maintenir le mot honoraire au singulier pour montrer combien cet honoraire symbolique est inhabituel ou le mettre au pluriel, il est décidé d'opter pour la forme plurielle et de remplacer en conséquence dans la version anglaise les mots « *collect it* » par « *collect them* ».

Le paragraphe 15, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphe 16

Le paragraphe 16 est adopté.

La section A, telle qu'elle a été modifiée, est adoptée.

La séance est levée à 13 h 5.

2750e SÉANCE

Vendredi 16 août 2002, à 10 h 5

Président : M. Robert ROSENSTOCK

Présents : M. Addo, M. Al-Marri, M. Brownlie, M. Candioti, M. Chee, M. Comissário Afonso, M. Daoudi, M. Dugard, Mme Escarameia, M. Fomba, M. Gaja, M. Galicki, M. Kamto, M. Kateka, M. Kemicha, M. Koskenniemi, M. Mansfield, M. Momtaz, M. Opertti Badan, M. Pellet, M. Sepúlveda, M. Simma, M. Tomka, Mme Xue, M. Yamada.

Projet de rapport de la Commission sur les travaux de sa cinquante-quatrième session *(fin)*

CHAPITRE X. – *Autres décisions et conclusions de la Commission* (fin) [A/CN.4/L.626 et Add.1]

B. – Date et lieu de la cinquante-cinquième session (A/CN.4/L.626)

Paragraphe 4

Le paragraphe 4 est adopté.

La section B est adoptée.

C. – Coopération avec d'autres organismes

Paragraphes 5 à 9

Les paragraphes 5 à 9 sont adoptés.

La section C est adoptée.

D. – Représentation à la cinquante-septième session de l'Assemblée générale

Paragraphe 10

Le paragraphe 10 est adopté.

Paragraphe 11

1. Le PRÉSIDENT dit que le Bureau recommande de choisir M. Dugard, qui a élaboré plusieurs articles – qui, espère-t-il, seront examinés en détail –, pour représenter la Commission, avec le Président, à la cinquante-septième session de l'Assemblée générale.

Il en est ainsi décidé.

Le paragraphe 11 est adopté.

La section D est adoptée.

E. – Séminaire de droit international

Paragraphes 12 à 24

Les paragraphes 12 à 24 sont adoptés.

La section E est adoptée.

L'ensemble du chapitre X, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE II. – *Résumé des travaux de la Commission à sa cinquante-quatrième session* (A/CN.4/L.616)

Paragraphes 1 à 5

Les paragraphes 1 à 5 sont adoptés.

Paragraphe 6

2. M. TOMKA dit qu'il convient de modifier le titre du sujet des « Difficultés découlant de la diversification du droit international » pour y inclure les mots « et de l'expansion ».

3. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que le titre devrait être cité à la première phrase du paragraphe 6 dans son libellé d'origine et, à la deuxième phrase, tel qu'il a été modifié à la session en cours. Dans la deuxième phrase, le mot « ainsi » qui figure avant « notamment » devrait être supprimé.

Le paragraphe 6, ainsi modifié, est adopté.

Paragraphes 7 à 11

Les paragraphes 7 à 11 sont adoptés.

Le chapitre II, tel que modifié, est adopté.

CHAPITRE III. – *Points sur lesquels des observations seraient particulièrement intéressantes pour la Commission* (A/CN.4/L.617 et Add.1)

A/CN.4/L.617

Paragraphe 1

Le paragraphe 1 est adopté avec une modification rédactionnelle mineure.

Protection diplomatique

Paragraphe 2

4. M. KAMTO propose de supprimer le mot « diplomatique » dans la première phrase. L'avis général a été que l'affaire du *« Saiga »* ne concernait pas la protection diplomatique mais un autre type de protection.

5. M. BROWNLIE est d'accord sur ce point mais trouve la solution inadéquate. La décision rendue par le Tribunal du droit de la mer dans l'affaire du *« Saiga »* se fondait sur le préjudice direct alors qu'il s'agit au paragraphe 2 d'une question différente.

6. Mme ESCARAMEIA fait observer qu'au cours des discussions informelles sur le sujet certains membres de la Commission ont déclaré que la protection dont il s'agissait dans l'affaire du *« Saiga »* était une forme de protection diplomatique. Le mot « diplomatique » devrait être maintenu dans la première phrase, et les États devraient être invités dans la deuxième à faire connaître leurs vues sur le point de savoir si la protection diplomatique est ou non en jeu.

7. M. CANDIOTI défend l'idée de rédiger la première phrase en termes neutres, en parlant de « protection » et non de « protection diplomatique ». La question de savoir si la protection en question est ou non une protection diplomatique est soulevée dans la deuxième phrase.

8. M. DUGARD (Rapporteur spécial) se range à la suggestion de M. Kamto, qui laisse aux États le soin de répondre à la question.

9. M. BROWNLIE déclare que dans la première phrase le Tribunal du droit de la mer est cité à mauvais escient quand il est dit que celui-ci a estimé que l'affaire du *« Saiga »* concernait la protection diplomatique. C'est faux : le Tribunal a considéré qu'il s'agissait d'une question de préjudice direct relevant de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer.

10. M. KAMTO suggère que la Commission demande au Tribunal du droit de la mer de clarifier la décision qu'il a rendue dans l'affaire du *« Saiga »*. Ce serait le moyen le plus efficace de déterminer s'il a considéré que l'affaire concernait la protection diplomatique ou une autre forme de protection.

11. M. GAJA suggère de prier le secrétariat de reprendre au paragraphe 2 le libellé exact de la décision.

12. M. TOMKA rappelle que cette décision a été étudiée en détail au cours des consultations informelles, à la suite de quoi le Rapporteur spécial a interprété la position du Tribunal comme étant qu'il ne s'agissait pas de protection diplomatique mais d'une question relevant des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Il propose, à titre de compromis, que les deux premières phrases du paragraphe 2 se lisent comme suit : « Certains membres du Tribunal du droit de la mer ont été d'avis, dans l'affaire du *« Saïga »*, que l'État de pavillon d'un navire pouvait accorder la protection diplomatique aux membres de l'équipage de ce navire ayant la nationalité d'un autre État. La Commission serait heureuse de connaître les vues des gouvernements sur le point de savoir si la protection prévue par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer est suffisante ou s'il faudrait reconnaître qu'en de tels cas l'État de pavillon a le droit d'exercer la protection diplomatique ».

13. M. PELLET dit que, la Commission n'étant pas certaine que les mots « protection diplomatique » aient bien été utilisés dans la décision rendue dans l'affaire du *« Saïga »*, la solution proposée par M. Gaja lui semble être la meilleure. Il n'est pas d'accord avec M. Kamto sur sa proposition de demander au Tribunal du droit de la mer de clarifier sa décision; après tout, c'est le travail de la Commission que d'interpréter les décisions de justice.

14. M. KAMTO est absolument certain que le Tribunal du droit de la mer ne s'est pas référé à la protection diplomatique dans sa décision. La thèse de la Guinée était précisément que la protection diplomatique était en cause mais cette thèse a été rejetée par le Tribunal. La proposition de M. Tomka déroge à l'usage car, en présentant les vues de « certains membres » du Tribunal avant celles de cette juridiction dans son ensemble, elle donne la première place aux opinions dissidentes ou individuelles. En suggérant de demander au Tribunal une interprétation de sa décision, M. Kamto se conformait à la pratique de l'interprétation authentifiée en droit international : il ne voulait en aucune manière diminuer les compétences de la Commission.

15. M. DUGARD (Rapporteur spécial) pense que la meilleure solution serait d'adopter la proposition de M. Gaja et de reprendre les termes employés par le Tribunal du droit de la mer.

16. M. PELLET indique qu'il ressort des paragraphes 103 à 105 de la décision du Tribunal que celui-ci a bien rejeté l'argumentation de la Guinée et fondé sa décision sur des considérations autres que la protection diplomatique.

17. Mme ESCARAMEIA fait observer qu'après le paragraphe 105 la décision expose en détail le raisonnement suivi par le Tribunal du droit de la mer, faisant apparaître que ce dernier n'a pas fondé sa décision uniquement sur l'application de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Elle reste opposée à la suppression du mot « diplomatique », qui donnerait à penser que la décision dit autre chose que ce qu'elle dit réellement, car on ne saurait remettre en question le fait que le Tribunal considère qu'il y a « protection ».

18. M. CHEE estime qu'il découle implicitement de la décision rendue dans l'affaire du *« Saiga »* que l'État d'immatriculation peut accorder la protection diplomatique aux membres de l'équipage quelle que soit leur nationalité. L'État du port est responsable de toute infraction commise en mer.

19. M. BROWNLIE dit que, tel qu'il est actuellement rédigé, le paragraphe donne l'impression que la majorité des membres de la Commission ne peuvent faire la distinction entre les cas de préjudice direct et ceux relevant de la protection diplomatique. S'il en était ainsi, ce serait bien fâcheux. Le texte de la décision rendue par le Tribunal du droit de la mer est tout à fait clair : la protection diplomatique n'était pas en jeu et le Tribunal a simplement appliqué l'idée de préjudices directs sur la base de dispositions spécifiques de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer. Le fait que le Tribunal ait ajouté une ou deux déclarations de principe à l'appui de son approche générale ne change rien au fait que la *ratio decidendi* n'avait manifestement pas pour fondement la protection diplomatique. Il ne serait non plus d'aucune utilité de supprimer le mot « diplomatique » car la Commission ne traite pas des aspects de fond mais de la protection diplomatique elle-même.

20. M. KAMTO dit qu'il faudrait en fait étudier l'ensemble de la décision, avec tous les arguments et contre-arguments, mais que le temps est désormais trop court. Cependant, M. Brownlie a raison : il est clair que la décision du Tribunal du droit de la mer a été rendue conformément à l'article 94 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, relatif aux obligations de l'État du pavillon. Rien dans la décision n'indique que le Tribunal songeait à la protection diplomatique. Il faut espérer qu'à l'avenir, lorsqu'ils mentionneront une affaire, les membres seront en mesure de citer leurs sources avec précision.

21. M. DUGARD (Rapporteur spécial) dit que la Commission est en train de se lancer dans un genre de débat qui devrait prendre plusieurs jours lors de la prochaine session. Pour le moment, toutefois, il s'agit de savoir comment formuler la phrase pour inciter les gouvernements à exprimer leurs vues. La décision du Tribunal du droit de la mer n'est nullement aussi claire que M. Brownlie et d'autres membres l'affirment; le débat de la Commission et la doctrine sur le sujet attestent que les opinions sont partagées. M. Dugard suggère de remanier la première phrase comme suit : « La décision rendue dans l'affaire du *« Saiga »* a été interprétée par certains comme accordant la protection diplomatique [de l'État du pavillon] aux membres de l'équipage ayant la nationalité d'un autre État ».

22. Le PRÉSIDENT suggère d'ajouter à la fin de la phrase modifiée les mots suivants entre parenthèses : « (même si l'on peut être d'avis qu'en l'espèce elle n'était pas nécessaire) », afin de sauvegarder la position de ceux qui, comme M. Brownlie, sont d'un avis opposé.

23. M. CANDIOTI estime qu'il ne faut pas obscurcir une question essentielle par une référence controversée à la jurisprudence. Afin d'éviter de longues discussions, il suggère de supprimer entièrement la première phrase du paragraphe. Le paragraphe commencerait alors ainsi :

« La Commission serait heureuse de connaître les vues des gouvernements sur le point de savoir si la protection donnée par l'État de nationalité d'un navire aux membres de l'équipage ayant la nationalité d'un autre État est déjà suffisamment couverte par la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer ».

24. Le PRÉSIDENT suggère que la phrase contienne également une référence à l'affaire du *« Saiga »*, pour guider les gouvernements.

Le paragraphe 2, tel que modifié par M. Candioti et le Président, est adopté.

Paragraphe 3

25. M. GAJA dit que, pour refléter pleinement la décision rendue dans l'affaire de la *Barcelona Traction*, le mot « constituée » devrait être suivi des mots « et a son siège social ». Par ailleurs, certaines des exceptions énumérées dans la deuxième phrase sont sujettes à controverse et il serait donc souhaitable d'ajouter le mot « éventuellement » après « sauf » afin de montrer que la Commission ne cautionne pas une interprétation particulière de la décision.

Le paragraphe 3, ainsi modifié, est adopté.

Actes unilatéraux des États

Paragraphe 4

26. M. PELLET dit qu'il regrette d'avoir à dire, en l'absence du Rapporteur spécial, qu'il est loin d'apprécier l'absence de questions dans ce paragraphe. Certes, de nombreux gouvernements n'ont pas répondu au questionnaire de la Commission, mais il aurait sûrement fallu leur poser des questions plus précises.

Le paragraphe 4 est adopté.

Responsabilité des organisations internationales

Paragraphe 5

Le paragraphe 5 est adopté.

Fragmentation du droit international : difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international

Paragraphe 6

27. M. MANSFIELD dit que le paragraphe lui inspire une réflexion analogue à celle de M. Pellet à propos du paragraphe 4 : la demande d'observations et de commentaires est formulée de façon trop générale, presque comme s'il s'agissait d'un sujet de mémoire. Les États seront plus à même de présenter des observations de fond si on leur fournit un rapport écrit auquel ils puissent réagir.

28. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit qu'aussi étonnant que cela puisse paraître, il est d'accord. Si on s'adresse à eux dans des termes aussi vagues, les États risquent d'exprimer leurs doutes sur l'ensemble de l'exercice. Il rédigera une première étude et fournira aux États des matériaux qu'ils puissent évaluer. Il propose donc de supprimer totalement la section.

29. M. PELLET dit que l'on pourrait retenir la partie la plus précise du paragraphe : on pourrait demander aux États s'ils approuvent l'idée de « *self-contained regimes* » et s'ils la jugent acceptable au regard du droit international. Il estime que la traduction française « régime autonome » n'a pas de sens.

30. M. KATEKA dit que les gouvernements ont déjà suffisamment de mal à répondre aux questions de la Commission; il ne faut pas trop leur en demander. Il serait sage de supprimer la section.

31. M. TOMKA est du même avis. En outre, la Commission devrait commencer par définir l'expression « régime autonome ». Il ne faut pas demander aux gouvernements de faire un travail qui incombe à la Commission.

32. M. SIMMA (Président du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international) dit que l'expression « *self-contained regime* » a été utilisée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran* et qu'il doit donc exister une version française. Cela étant, la façon dont la Cour a employé cette expression pose problème. Il note également que, si les gouvernements répondent à son invitation, cela risque de poser des problèmes de calendrier. Comme il doit présenter son rapport rapidement, il ne voudrait pas recevoir des réponses très décalées par rapport au contenu de son document.

Le paragraphe 6 est supprimé.

La section est supprimée.

Les réserves aux traités (A/CN.4/L.617/Add.1)

Paragraphes 1 et 2

33. M. TOMKA dit qu'il préférerait la formulation suivante pour le début du paragraphe 1 : « La Commission serait heureuse de recevoir des observations au sujet […] ».

34. M. PELLET fait observer qu'il convient de rectifier la numérotation des paragraphes 1 et 2. Le paragraphe 1 devrait être composé de l'alinéa *a* du paragraphe 1 actuel, et le paragraphe 2 comprendre l'alinéa *b* plus le paragraphe 2 actuel.

Les paragraphes 1 et 2, ainsi modifiés, sont adoptés.

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international (responsabilité internationale en cas de perte causée par un dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses)

La section est adoptée.

L'ensemble du chapitre III, tel qu'il a été modifié, est adopté.

CHAPITRE Ier. – *Organisation des travaux de la session* (A/CN.4/L.615 et Corr.1)

Paragraphes 1 à 11

Les paragraphes 1 à 11 sont adoptés.

Paragraphe 3 *bis*

35. M. PELLET préférerait que, dans la version française, les mots « s'est déclarée satisfaite » soient remplacés par « s'est félicitée ».

36. M. SEPÚLVEDA dit que le texte espagnol, et peut-être aussi le texte anglais, ne mettent pas suffisamment l'accent sur le fait que les nouveaux membres de sexe féminin ont été élus. Il serait préférable d'adopter, pour la version espagnole, la rédaction suivante : « *hecho de que se hubiera mujeres entre los nuevos miembros elegidos* ».

37. Le PRÉSIDENT dit qu'une modification équivalente pourrait être apportée dans le texte anglais : « *that elections for the new quinquennium had included women as members* ».

Le paragraphe 3 bis*, ainsi modifié, est adopté.*

Paragraphe 12

38. Le PRÉSIDENT signale que le point intitulé « Ressources naturelles partagées » a été omis par erreur dans l'ordre du jour provisoire.

Le paragraphe 12 est adopté, sous réserve de l'inclusion du point de l'ordre du jour omis.

Le chapitre premier, tel qu'il a été modifié, est adopté.

L'ensemble du projet de rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-quatrième session, tel qu'il a été modifié, est adopté.

Clôture de la session

39. Le PRÉSIDENT dit qu'il pense que le nouveau quinquennat a pris un bon départ, avec un ordre du jour intéressant. Il demande instamment aux rapporteurs spéciaux non seulement de continuer à présenter d'excellents rapports et propositions, mais encore de suivre l'exemple de M. Dugard et de le faire en temps voulu. Le secrétariat a dépassé ses attentes. Le Secrétaire, M. Mikulka, a montré qu'il était parfaitement au fait de tous les aspects des travaux de la Commission. Il a été secondé par une équipe remarquable, qui a énormément contribué au succès de la session. Le Président déclare la session close.

La séance est levée à 11 h 10.