



Nations Unies

Rapport de la Commission du droit international

**Soixantième session
5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008**

**Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-troisième session
Supplément n° 10 (A/63/10)**

Assemblée générale
Documents officiels
Soixante-troisième session
Supplément n° 10 (A/63/10)

Rapport de la Commission du droit international

Soixantième session
5 mai-6 juin et 7 juillet-8 août 2008



Nations Unies • New York, 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 mot *Annuaire* suivi de points de suspension et de l'année (par exemple, *Annuaire ... 1971*) s'entend de l'*Annuaire de la Commission du droit international*.

Une version linotypée du rapport de la Commission paraîtra dans la deuxième partie du volume II de l'*Annuaire de la Commission du droit international 2008*.

TABLE DES MATIÈRES

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
I. INTRODUCTION	1 – 11	1
A. Membres de la Commission	2	1
B. Membres du Bureau et Bureau élargi	3 – 5	2
C. Comité de rédaction	6 – 7	3
D. Groupes de travail	8 – 9	4
E. Secrétariat	10	5
F. Ordre du jour	11	6
II. RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA SOIXANTIÈME SESSION	12 – 25	7
III. POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION	26 – 33	11
A. Réserves aux traités	26 – 28	11
B. Responsabilité des organisations internationales	29 – 30	12
C. Protection des personnes en cas de catastrophe	31 – 33	12
IV. RESSOURCES NATURELLES PARTAGÉES	34 – 54	13
A. Introduction	34 – 36	13
B. Examen du sujet à la présente session	37 – 48	14
1. Relation entre le projet d'articles et d'autres instruments	39 – 45	15
2. Adoption du projet d'articles et des commentaires y relatifs	46 – 48	18
C. Recommandation de la Commission	49	18
D. Hommage au Rapporteur spécial, M. Chusei Yamada	50 – 52	18
E. Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières	53 – 54	19
1. Texte du projet d'articles	53	19
2. Texte des projets d'articles et des commentaires y afférents	54	31
Commentaire général		31
Préambule		34
Commentaire		35

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. <i>(suite)</i>		
PREMIÈRE PARTIE.....		36
Article 1. Champ d'application.....		36
Commentaire		36
Article 2. Termes employés		38
Commentaire		39
DEUXIÈME PARTIE: PRINCIPES GÉNÉRAUX.....		43
Article 3. Souveraineté des États de l'aquifère		43
Commentaire		43
Article 4. Utilisation équitable et raisonnable.....		45
Commentaire		46
Article 5. Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable		48
Commentaire		49
Article 6. Obligation de ne pas causer de dommage significatif.....		51
Commentaire		52
Article 7. Obligation générale de coopérer		53
Commentaire		53
Article 8. Échange continu de données et informations.....		55
Commentaire		56
Article 9. Accords et arrangements bilatéraux et régionaux		59
Commentaire		59
TROISIÈME PARTIE: PROTECTION, PRÉSERVATION ET GESTION.....		60
Article 10. Protection et préservation des écosystèmes		60
Commentaire		60
Article 11. Zones de réalimentation et de déversement		62
Commentaire		63

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
IV. (suite)		
Article 12. Prévention, réduction et maîtrise de la pollution		64
Commentaire		64
Article 13. Surveillance.....		66
Commentaire		66
Article 14. Gestion		70
Commentaire		70
Article 15. Activités projetées.....		72
Commentaire		72
QUATRIÈME PARTIE: DISPOSITIONS DIVERSES.....		75
Article 16. Coopération technique avec des États en développement.....		75
Commentaire		76
Article 17. Situations d'urgence.....		79
Commentaire		80
Article 18. Protection en période de conflit armé.....		84
Commentaire		84
Article 19. Données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationales		86
Commentaire		86
V. EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS	55 – 66	87
A. Introduction	55 – 57	87
B. Examen du sujet à la présente session.....	58 – 64	88
C. Texte des projets d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités adoptés par la Commission en première lecture	65 – 66	89
1. Texte des projets d'articles	65	89
2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs	66	95

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
V. <i>(suite)</i>		
EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS		96
Article 1. Champ d'application		96
Commentaire		96
Article 2. Définitions.....		98
Commentaire		98
Article 3. Caractère contingent de l'extinction ou de la suspension de l'application.....		100
Commentaire		101
Article 4. Indices permettant de conclure à la possibilité de l'extinction, du retrait ou de la suspension de l'application.....		102
Commentaire		102
Article 5. Traités dont le contenu implique qu'ils sont applicables		103
Commentaire		103
Article 6. Conclusion de traités pendant un conflit armé.....		132
Commentaire		132
Article 7. Dispositions expresses sur l'application des traités.....		133
Commentaire		133
Article 8. Notification de l'extinction, du retrait ou de la suspension.....		134
Commentaire		134
Article 9. Obligations imposées par le droit international indépendamment d'un traité		135
Commentaire		135
Article 10. Divisibilité des dispositions d'un traité		136
Commentaire		136

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
V. <i>(suite)</i>		
Article 11. Perte du droit de mettre fin au traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application.....		137
Commentaire		137
Article 12. Remise en application des traités		137
Commentaire		138
Article 13. Effet sur un traité de l'exercice du droit de légitime défense à titre individuel ou collectif.....		138
Commentaire		138
Article 14. Décisions du Conseil de sécurité		139
Commentaire		139
Article 15. Interdiction pour un État de tirer avantage de l'agression		140
Commentaire		140
Article 16. Droits et obligations découlant du droit de la neutralité.....		140
Commentaire		140
Article 17. Autres cas d'extinction, de retrait ou de suspension.....		141
Commentaire		141
Article 18. Remise en vigueur des relations conventionnelles après un conflit armé.....		141
Commentaire		142
Annexe		142
VI. RÉSERVES AUX TRAITÉS	67 – 124	144
A. Introduction	67 – 70	144
B. Examen du sujet à la présente session	71 – 122	146
1. Présentation du treizième rapport par le Rapporteur spécial.....	80 – 92	147

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VI. <i>(suite)</i>		
2. Résumé du débat	93 – 109	152
a) Observations générales	93 – 94	152
b) Commentaires spécifiques sur les projets de directives	95 – 109	153
3. Conclusions du Rapporteur spécial	110 – 122	156
C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission	123 – 124	159
1. Texte des projets de directives	123	159
2. Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa soixantième session.....	124	187
2.16 [2.1.6, 2.1.8] Procédure de communication des réserves.....		187
Commentaire.....		188
2.1.9 Motivation.....		200
Commentaire.....		200
2.6 Formulation des objections		204
2.6.5 Auteur		204
Commentaire.....		205
2.6.6 Formulation conjointe.....		209
Commentaire.....		209
2.6.7 Forme écrite		210
Commentaire.....		210
2.6.8 Expression de l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité		212
Commentaire.....		212
2.6.9 Procédure de formulation des objections....		215
Commentaire.....		215
2.6.10 Motivation.....		219
Commentaire.....		219

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<i>Chapitre</i>		<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VI. <i>(suite)</i>			
2.6.11	Non-exigence de la confirmation d'une objection faite avant la confirmation formelle de la réserve.....		222
	Commentaire.....		222
2.6.12	Exigence de la confirmation d'une objection formulée avant l'expression du consentement à être lié par le traité.....		224
	Commentaire.....		224
2.6.13	Délai de formulation d'une objection		228
	Commentaire.....		229
2.6.14	Objections conditionnelles.....		234
	Commentaire.....		234
2.6.15	Objections tardives.....		237
	Commentaire.....		237
2.7	Retrait et modification des objections aux réserves.....		241
	Commentaire.....		241
2.7.1	Retrait des objections aux réserves		244
	Commentaire.....		245
2.7.2	Forme du retrait des objections aux réserves.....		246
	Commentaire.....		246
2.7.3	Formulation et communication du retrait des objections aux réserves		246
	Commentaire.....		247
2.7.4	Effet du retrait d'une objection sur la réserve		247
	Commentaire.....		248
2.7.5	Date d'effet du retrait d'une objection.....		249
	Commentaire.....		249
2.7.6	Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait de l'objection à la réserve.....		252
	Commentaire.....		252

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VI. <i>(suite)</i>		
2.7.7 Retrait partiel d'une objection		253
Commentaire.....		254
2.7.8 Effet du retrait partiel d'une objection.....		256
Commentaire.....		256
2.7.9 Aggravation d'une objection à une réserve		257
Commentaire.....		257
2.8 Formes d'acceptation des réserves.....		259
Commentaire.....		259
VII. RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES	125 – 165	265
A. Introduction	125 – 126	265
B. Examen du sujet à la présente session	127 – 163	266
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son sixième rapport	135 – 144	267
2. Résumé du débat	145 – 162	273
a) Observations générales	145 – 147	273
b) Contre-mesures	148 – 162	274
i) Observations générales.....	148 – 153	274
ii) Commentaires spécifiques sur les projets d'articles	154 – 162	276
3. Observations finales du Rapporteur spécial.....	163	279
C. Texte des projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission	164 – 165	279
1. Texte des projets d'articles	164	279
2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa soixantième session.....	165	301

TABLE DES MATIÈRES *(suite)*

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VII. <i>(suite)</i>		
TROISIÈME PARTIE.....		301
MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE		301
CHAPITRE PREMIER INVOCATION DE LA RESPONSABILITÉ D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE		302
Article 46 Invocation de la responsabilité par un État lésé ou une organisation internationale lésée		302
Commentaire		302
Article 47 Notification par l'État lésé ou l'organisation internationale lésée.....		305
Commentaire		305
Article 48 Recevabilité de la demande.....		306
Commentaire		306
Article 49 [48] Perte du droit d'invoquer la responsabilité		310
Commentaire.....		310
Article 50 [49] Pluralité d'États ou d'organisations internationales lésés		312
Commentaire.....		312
Article 51 [50] Pluralité d'États ou d'organisations internationales responsables		313
Commentaire.....		313
Article 52 [51] Invocation de la responsabilité par un État autre que l'État lésé ou par une organisation internationale autre que l'organisation internationale lésée		315
Commentaire.....		315
Article 53 Portée de cette partie		320
Commentaire		320

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
VIII. EXPULSION DES ÉTRANGERS	166 – 213	321
A. Introduction	166 – 169	321
B. Examen du sujet à la présente session	170 – 213	322
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son quatrième rapport	173 – 184	322
2. Résumé du débat	185 – 206	325
a) Observations générales	185 – 190	325
b) La situation des binationaux et des plurinationaux au regard de l'expulsion	191 – 197	326
c) Perte de la nationalité, dénationalisation et expulsion	198 – 206	328
3. Conclusions du Rapporteur spécial	207 – 213	330
IX. PROTECTION DES PERSONNES EN CAS DE CATASTROPHE	214 – 264	332
A. Introduction	214	332
B. Examen du sujet à la présente session	215 – 264	332
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son rapport préliminaire	217 – 225	333
2. Résumé du débat	226 – 259	337
a) Approche fondée sur les droits	227 – 229	337
b) Champ d'application du sujet	230 – 240	338
c) Droit à l'assistance humanitaire	241 – 250	342
d) Sources à prendre en considération pour l'examen du sujet	251 – 256	345
e) Programme de travail futur et forme du produit final	257 – 259	346
3. Conclusions du Rapporteur spécial	260 – 264	347
X. IMMUNITÉ DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT DEVANT LA JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE	265 – 311	349
A. Introduction	265	349
B. Examen du sujet à la présente session	266 – 311	349
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son rapport préliminaire	267 – 277	349

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
X. (suite)		
2. Résumé du débat	278 – 299	353
a) Observations générales	278 – 280	353
b) Sources.....	281	353
c) Notions de base.....	282 – 287	354
d) Personnes couvertes par l’immunité.....	288 – 293	356
e) La question des exceptions éventuelles à l’immunité.....	294 – 299	358
3. Conclusions du Rapporteur spécial.....	300 – 311	361
XI. L’OBLIGATION D’EXTRADER OU DE POURSUIVRE (<i>aut dedere aut judicare</i>)		
	312 – 332	365
A. Introduction	312 – 313	365
B. Examen du sujet à la présente session.....	314 – 315	365
1. Présentation par le Rapporteur spécial de son troisième rapport	316 – 321	365
2. Résumé du débat	322 – 328	368
a) Observations générales	322 – 323	368
b) Observations sur les projets d’articles proposés par le Rapporteur spécial.....	324 – 326	368
c) Observations sur les travaux futurs de la Commission sur le sujet.....	327 – 328	369
3. Conclusions du Rapporteur spécial.....	329 – 332	370
XII. AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION		
	333 – 388	372
A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.....	333 – 362	372
1. Célébration du soixantième anniversaire de la Commission et réunion avec les conseillers juridiques.....	336 – 340	372
2. Examen de la résolution 62/70 de l’Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, relative à l’état de droit aux niveaux national et international.....	341 – 346	374
3. Relations entre la Commission et la Sixième Commission	347 – 350	378

TABLE DES MATIÈRES (suite)

<i>Chapitre</i>	<i>Paragraphes</i>	<i>Page</i>
XII. (suite)		
4. Groupe de travail sur le programme à long terme.....	351 – 352	379
5. Inscription de nouveaux sujets au programme de travail de la Commission et constitution de groupes d'étude	353 – 354	379
6. Réunion avec les conseillers juridiques des institutions spécialisées.....	355	380
7. Réunion avec des membres de l'Organe d'appel de l'OMC	356	380
8. Questions financières	357 – 358	380
a) Participation de rapporteurs spéciaux à l'Assemblée générale au cours de l'examen du rapport de la Commission.....	357	380
b) Honoraires	358	381
9. Documentation et publications.....	359 – 362	381
a) Traitement et publication des rapports des rapporteurs spéciaux.....	359	381
b) Création d'un fonds d'affectation spéciale pour résorber l'arriéré de la publication de l' <i>Annuaire</i> de la Commission du droit international	360	382
c) Autres publications et aide de la Division de la codification	361 – 362	382
B. Dates et lieu de la soixante et unième session de la Commission	363	383
C. Coopération avec d'autres organismes	364 – 371	383
D. Vacance fortuite.....	372	385
E. Représentation à la soixante-troisième session de l'Assemblée générale.....	373 – 374	385
F. Séminaire de droit international	375 – 388	385
Annexe A. Les traités dans le temps En particulier: Accord et pratique ultérieurs		389
Annexe B. La clause de la nation la plus favorisée		416

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

1. La Commission du droit international a tenu sa soixantième session à son siège, à l'Office des Nations Unies à Genève, du 5 mai au 6 juin 2008 pour la première partie de la session et du 7 juillet au 8 août 2008 pour la seconde partie de la session. La session a été ouverte par M. Ian Brownlie, Président de la Commission à sa cinquante-neuvième session.

A. Membres de la Commission

2. La Commission se compose des membres suivants:

M. Ali Mohsen Fetais Al-Marri (Qatar)

M. Ian Brownlie (Royaume-Uni)

M. Lucius Caflisch (Suisse)

M. Enrique Candioti (Argentine)

M. Pedro Comissário Afonso (Mozambique)

M. Christopher John Robert Dugard (Afrique du Sud)

M^{me} Paula Escarameia (Portugal)

M. Salifou Fomba (Mali)

M. Giorgio Gaja (Italie)

M. Zdzislaw Galicki (Pologne)

M. Hussein A. Hassouna (Égypte)

M. Mahmoud D. Hmoud (Jordanie)

M^{me} Marie G. Jacobsson (Suède)

M. Maurice Kamto (Cameroun)

M. Fathi Kemicha (Tunisie)

M. Roman Anatolyevitch Kolodkin (Fédération de Russie)

M. Donald M. McRae (Canada)

M. Teodor Viorel Melescanu (Roumanie)

M. Bernd H. Niehaus (Costa Rica)

M. Georg Nolte (Allemagne)

M. Bayo Ojo (Nigéria)

M. Alain Pellet (France)

M. A. Rohan Perera (Sri Lanka)

M. Ernest Petrič (Slovénie)

M. Gilberto Vergne Saboia (Brésil)

M. Narinder Singh (Inde)

M. Eduardo Valencia-Ospina (Colombie)

M. Edmundo Vargas Carreño (Chili)

M. Stephen C. Vasciannie (Jamaïque)

M. Marcelo Vázquez-Bermúdez (Équateur)

M. Amos S. Wako (Kenya)

M. Nugroho Wisnumurti (Indonésie)

M^{me} Hanqin Xue (Chine)

M. Chusei Yamada (Japon)

B. Membres du Bureau et Bureau élargi

3. À sa 2956^e séance, tenue le 5 mai 2008, la Commission a élu le Bureau suivant:

Président: M. Edmundo Vargas Carreño

Premier Vice-Président: M. Roman A. Kolodkin

Deuxième Vice-Président: M. Mahmoud D. Hmoud

Président du Comité de rédaction: M. Pedro Comissário Afonso

Rapporteuse: M^{me} Paula Escarameia

4. Le Bureau élargi de la Commission se composait des membres du Bureau élus pour la session, des anciens présidents de la Commission¹ et des rapporteurs spéciaux².

5. Sur la recommandation du Bureau élargi, la Commission a constitué un groupe de planification composé des membres suivants: M. R. A. Kolodkin (Président), M. I. Brownlie, M. L. Caflisch, M. E. Candioti, M. P. Comissário Afonso, M. S. Fomba, M. Z. Galicki, M. H. A. Hassouna, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. D. M. McRae, M. B. Niehaus, M. G. Nolte, M. A. Pellet, M. A. R. Perera, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. E. Vargas Carreño, M. S. C. Vasciannie, M. M. Vásquez-Bermúdez, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, M^{me} H. Xue, M. C. Yamada et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

C. Comité de rédaction

6. À ses 2957^e, 2965^e, 2968^e et 2977^e séances, tenues respectivement les 6, 21 et 29 mai et 16 juillet 2008, la Commission a constitué un comité de rédaction composé des membres suivants pour les sujets indiqués:

a) Réserves au traités: M. P. Comissário Afonso (Président), M. A. Pellet (Rapporteur spécial), M. E. Candioti, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. M. D. Hmoud, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. G. Nolte, M. B. Ojo, M. A. R. Perera, M. M. Vásquez-Bermúdez, M. N. Wisnumurti, M^{me} H. Xue et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

b) Ressources naturelles partagées: M. P. Comissário Afonso (Président), M. C. Yamada (Rapporteur spécial), M. I. Brownlie, M. L. Caflisch, M. E. Candioti, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. B. H. Niehaus, M. B. Ojo, M. G. V. Saboia, M. S. C. Vasciannie, M. M. Vásquez-Bermúdez, M. N. Wisnumurti, M^{me} H. Xue et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

¹ M. E. Candioti, M. I. Brownlie, M. Z. Galicki, M. T. V. Melescanu, M. A. Pellet et M. C. Yamada.

² M. I. Brownlie, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. R. A. Kolodkin, M. M. Kamto, M. A. Pellet, M. E. Valencia-Ospina et M. C. Yamada.

c) Responsabilité des organisations internationales: M. P. Comissário Afonso (Président), M. G. Gaja (Rapporteur spécial), M. I. Brownlie, M. E. Candioti, M. C. J. Dugard, M. S. Fomba, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. B. H. Niehaus, M. G. Nolte, M. N. Singh, M. E. Valencia-Ospina, M. S. C. Vasciannie, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, M^{me} H. Xue, M. C. Yamada et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

d) Effets des conflits armés sur les traités: M. P. Comissário Afonso (Président), M. I. Brownlie (Rapporteur spécial), M. L. Caflisch, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. M. D. Hmoud, M. M. Kamto, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. B. H. Niehaus, M. A. R. Perera, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. S. C. Vasciannie, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. A. S. Wako, M. N. Wisnumurti, M^{me} H. Xue et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

e) Expulsion des étrangers: M. P. Comissário Afonso (Président), M. M. Kamto (Rapporteur spécial), M. I. Brownlie, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. M. D. Hmoud, M. D. M. McRae, M. B. H. Niehaus, M. A. R. Perera, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. S. C. Vasciannie, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. N. Wisnumurti, M^{me} H. Xue, M. C. Yamada et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

7. Le Comité de rédaction a tenu un total de 41 séances sur les cinq sujets susmentionnés.

D. Groupes de travail

8. À ses 2964^e, 2965^e, 2973^e et 2988^e séances, tenues respectivement les 16 et 21 mai, le 6 juin et le 31 juillet, la Commission a également constitué les groupes de travail ci-après:

a) Groupe de travail sur la responsabilité des organisations internationales³: M. E. Candioti (Président), M. G. Gaja (Rapporteur spécial), M. P. Comissário Afonso, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. M. Kamto, M. D. M. McRae, M. G. Nolte, M. A. Pellet, M. A. R. Perera, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. E. Valencia-Ospina, M. S. C. Vasciannie, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. A. S. Wako,

³ La composition du Groupe de travail a été annoncée à la 2967^e séance, tenue le 27 mai 2008.

M. N. Wisnumurti, M^{me} H. Xue, M. C. Yamada et M^{me} Paula Escarameia (membre de droit).

b) Groupe de travail sur les effets des conflits armés sur les traités: M. L. Caflisch (Président), M. I. Brownlie (Rapporteur spécial), M. P. Comissário Afonso, M. C. J. Dugard, M. S. Fomba, M^{me} M. G. Jacobsson, M. D. M. McRae, M. B. H. Niehaus, M. B. Ojo, M. A. R. Perera, M. Ernest Petrič, M. G. V. Saboia, M. S. C. Vasciannie, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. N. Wisnumurti, M^{me} H. Xue et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

c) Groupe de travail sur l'expulsion d'étrangers⁴: M. D. M. McRae (Président), M. M. Kamto (Rapporteur spécial), M. S. Fomba, M. Z. Galicki, M. M. D. Hmoud, M. B. H. Niehaus, M. A. R. Perera, M. E. Petrič, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. E. Vargas Carreño, M. S. C. Vasciannie, M. M. Vázquez-Bermúdez, M^{me} H. Xue et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

d) Groupe de travail sur l'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*): M. A. Pellet (Président) et M. Z. Galicki (Rapporteur spécial).

9. Le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme pour le quinquennat a été reconstitué à la session en cours et il était composé des membres suivants: M. E. Candioti (Président), M. I. Brownlie, M. P. Comissário Afonso, M. S. Fomba, M. G. Gaja, M. Z. Galicki, M. H. A. Hassouna, M. M. D. Hmoud, M^{me} M. G. Jacobsson, M. R. A. Kolodkin, M. D. M. McRae, M. B. H. Niehaus, M. G. Nolte, M. A. Pellet, M. A. R. Perera, M. G. V. Saboia, M. N. Singh, M. E. Valencia-Ospina, M. E. Vargas Carreño, M. M. Vázquez-Bermúdez, M. A. S. Wako, M^{me} H. Xue et M^{me} P. Escarameia (membre de droit).

E. Secrétariat

10. M. Nicolas Michel, Secrétaire général adjoint aux affaires juridiques, Conseiller juridique, représentait le Secrétaire général. M^{me} Mahnoush H. Arsanjani, Directrice 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. M. George Korontzis, Directeur adjoint, assumait les fonctions de

⁴ La composition du Groupe de travail a été annoncée à la 2977^e séance, tenue le 10 juillet 2008.

secrétaire adjoint, M. Trevor Chimimba, juriste hors classe, assumait les fonctions de secrétaire assistant principal de la Commission. M. Arnold Pronto, juriste, M. Pierre Bodeau-Livinec, juriste, M. Santiago Villalpando, juriste, et M. Gionata Buzzini, juriste, étaient secrétaires assistants de la Commission.

F. Ordre du jour

11. À sa 2956^e séance, tenue le 5 mai 2008, la Commission a adopté pour sa soixantième session l'ordre du jour suivant:

1. Organisation des travaux de la session.
2. Réserves aux traités.
3. Responsabilité des organisations internationales.
4. Ressources naturelles partagées.
5. Effets des conflits armés sur les traités.
6. Expulsion d'étrangers.
7. L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*).
8. Protection des personnes en cas de catastrophe.
9. Immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère.
10. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission.
11. Dates et lieu de la soixante et unième session.
12. Coopération avec d'autres organes.
13. Questions diverses.

CHAPITRE II

RÉSUMÉ DES TRAVAUX DE LA COMMISSION À SA SOIXANTIÈME SESSION

12. En ce qui concerne le sujet «**Ressources naturelles partagées**», la Commission a adopté en deuxième lecture un préambule et un ensemble de 19 projets d'articles, accompagnés de commentaires, sur le droit des aquifères transfrontières et, conformément à l'article 23 de son statut, elle a recommandé à l'Assemblée générale de suivre une démarche en deux temps consistant: a) à prendre note des projets d'articles, qui seraient annexés à sa résolution, et à recommander aux États concernés de prendre des arrangements bilatéraux et régionaux appropriés en vue d'une gestion adéquate de leurs aquifères transfrontières sur la base des principes énoncés dans les projets d'articles; b) à envisager, à un stade ultérieur, d'élaborer une convention sur la base des projets d'articles. Comme elle prévoyait qu'une décision au sujet de la seconde étape ne serait pas prise avant un certain temps, la Commission a décidé de s'abstenir de formuler un projet d'article sur la relation entre ces projets d'articles et d'autres accords internationaux, de même qu'un projet d'article sur le règlement des différends, dont l'élaboration ne deviendrait nécessaire que lorsque la seconde étape serait engagée.

13. Pour l'examen du sujet à la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/591), contenant un ensemble de 20 projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, accompagnés des commentaires et observations des gouvernements sur les projets d'articles adoptés en première lecture (A/CN.4/595 et Add.1). La Commission ayant adopté une démarche en deux temps, il a été jugé prématuré d'examiner la question des relations avec d'autres accords et celle du règlement des différends (chap. IV).

14. S'agissant du sujet «**Effets des conflits armés sur les traités**», la Commission a adopté à titre provisoire, en première lecture, un ensemble de 18 projets d'articles et une annexe (contenant une liste des catégories de traités dont la teneur implique qu'ils continuent à s'appliquer, en totalité ou en partie, pendant un conflit armé) sur ce sujet accompagnés de commentaires, et a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre les projets d'articles, par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général d'ici au 1^{er} janvier 2010. Les projets d'articles, qui s'appliquent aux situations dans lesquelles une au moins des parties à un

traité est partie à un conflit armé, international ou non international, postulent pour principe de base la continuité des relations conventionnelles – la survenance d'un conflit armé n'entraîne pas nécessairement l'extinction d'un traité ou la suspension de son application – et en explicitent les conséquences.

15. Pour l'examen du sujet à la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/589) concernant le mode de suspension de l'application ou d'extinction des traités en conséquence d'un conflit armé. Elle a examiné ce rapport dans le contexte des travaux du Groupe de travail sur les effets des conflits armés sur les traités, qui a poursuivi ses travaux commencés en 2007, et a renvoyé au Comité de rédaction les autres projets d'articles dont le Groupe de travail avait achevé l'examen (A/CN.4/L.726) (chap. V).

16. Pour ce qui est du sujet «**Réserves aux traités**», la Commission a adopté 23 projets de directives portant sur la formulation et le retrait des acceptations et des objections, ainsi que sur la procédure d'acceptation des réserves, accompagnés de commentaires.

17. Pour son examen de ces projets de directives à la présente session, la Commission s'est fondée sur la note du Rapporteur spécial concernant un nouveau projet de directive 2.1.9 relatif à la motivation des réserves (A/CN.4/586) et sur les projets de directives contenus dans les onzième (A/CN.4/574) et douzième (A/CN.4/584) rapports du Rapporteur spécial, qui avaient été renvoyés au Comité de rédaction en 2007.

18. La Commission a aussi examiné le treizième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/600) sur les réactions aux déclarations interprétatives et renvoyé au Comité de rédaction 10 projets de directives sur la question. Les principaux points débattus concernaient les relations entre les déclarations interprétatives conditionnelles et les réserves, ainsi que les effets du silence en tant que réaction à une déclaration interprétative (chap. VI).

19. S'agissant du sujet «**Responsabilité des organisations internationales**», la Commission a adopté à titre provisoire huit projets d'articles, accompagnés de commentaires, sur l'invocation de la responsabilité internationale d'une organisation internationale, qui constituent le chapitre premier de la troisième partie des projets d'articles relatifs à la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'une organisation internationale. Elle a aussi pris note de sept projets d'articles adoptés à titre provisoire par

le Comité de rédaction, qui portent sur les contre-mesures et constituent le chapitre II de la troisième partie des projets d'articles sur la mise en œuvre de la responsabilité internationale d'une organisation internationale (A/CN.4/L.725/Add.1). Ces projets d'articles, accompagnés de commentaires, seront examinés l'année prochaine par la Commission.

20. Pour son examen du sujet à la présente session, la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/597), portant sur des questions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité des organisations internationales. À l'issue de ses discussions, dans lesquelles les questions relatives aux contre-mesures ont occupé une place prépondérante, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction six projets d'articles sur l'invocation de la responsabilité. Elle a aussi créé un groupe de travail qu'elle a chargé d'examiner la question des contre-mesures, ainsi que l'opportunité d'inclure dans le projet d'articles une disposition relative à la recevabilité des demandes. Après avoir reçu les rapports du Groupe de travail, la Commission a renvoyé au Comité de rédaction un projet d'article supplémentaire sur la recevabilité des demandes, ainsi que six projets d'articles sur les contre-mesures, sur la base des projets présentés par le Rapporteur spécial, avec les recommandations du Groupe de travail (chap. VII).

21. En ce qui concerne le sujet «**Expulsion d'étrangers**», la Commission a examiné le quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/594) traitant de questions relatives à l'expulsion en cas de double ou de multiple nationalité, ainsi qu'à la perte de la nationalité ou la dénationalisation considérées en rapport avec l'expulsion, établi à la lumière du débat de 2007. Après avoir examiné ce rapport, la Commission a créé un groupe de travail qu'elle a chargé d'examiner les questions soulevées par le Rapporteur spécial dans son rapport et décidé qu'il n'était pas nécessaire d'y consacrer des projets d'articles distincts: les précisions nécessaires seront apportées dans les commentaires aux projets d'articles pertinents. Le Comité de rédaction reste saisi des sept projets d'articles qui lui ont été renvoyés en 2007, jusqu'à ce que tous les projets d'articles aient été adoptés à titre provisoire (chap. VIII).

22. Pour le sujet «**Protection des personnes en cas de catastrophe**», la Commission a fondé son examen sur le rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/598). Elle était également saisie d'une étude du secrétariat essentiellement consacrée aux catastrophes naturelles (A/CN.4/590 et Add.1 à 3). Elle a abordé un grand nombre de

questions, parmi lesquelles les principaux points juridiques relevant du sujet, y compris des questions concernant la manière d'aborder le sujet, ainsi que le champ d'application matériel, personnel, spatial et temporel (chap. IX).

23. En ce qui concerne le sujet «**Immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère**», la Commission a fondé son examen sur le rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/601). Elle était aussi saisie d'une étude du secrétariat (A/CN.4/596). Elle a abordé de nombreuses questions, dont les suivantes: les principaux points juridiques à prendre en considération pour définir la portée du sujet, y compris les catégories visées de représentants de l'État, la nature des actes visés, ainsi que le point de savoir si des exceptions sont possibles (chap. X).

24. En relation avec le sujet «**L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)**», la Commission a fondé ses discussions sur le troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/603). Elle était également saisie des observations et informations reçues des gouvernements (A/CN.4/599). Elle a notamment abordé les questions suivantes: les questions de fond liées au caractère coutumier de l'obligation, les relations avec la compétence universelle et les juridictions internationales, ainsi que les aspects procéduraux à examiner à l'avenir (chap. XI).

25. La Commission a constitué le Groupe de planification chargé d'examiner son programme, ses procédures et ses méthodes de travail (chap. XII, sect. A). Elle a été très satisfaite des activités entreprises pendant les deux jours consacrés à la célébration de son soixantième anniversaire (chap. XII, sect. A.1). Conformément à la résolution 62/70 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, la Commission a commenté son rôle actuel dans la promotion de l'état de droit (chap. XII, sect. A.2). Un groupe de travail sur le programme de travail à long terme a été reconstitué sous la présidence de M. Enrique Candioti (chap. XII, sect. A.4). La Commission a décidé d'inscrire deux nouveaux sujets à son programme de travail, à savoir «Les traités dans le temps», sur la base d'une proposition révisée et actualisée de M. G. Nolte (voir annexe A) et «La clause de la nation la plus favorisée», sur la base du rapport du Groupe de travail de 2007 présidé par M. D. M. McRae sur ce sujet (voir annexe B). À cet égard, elle a décidé d'établir à sa session de l'année suivante un groupe d'étude sur chacun de ces deux sujets (chap. XII, sect. A.4). La Commission a décidé de tenir sa soixante et unième session à Genève du 4 mai au 5 juin et du 6 juillet au 7 août 2009.

CHAPITRE III

POINTS SUR LESQUELS DES OBSERVATIONS SERAIENT PARTICULIÈREMENT INTÉRESSANTES POUR LA COMMISSION

A. Réserves aux traités

26. Compte tenu de la rareté de la pratique en matière de réactions aux déclarations interprétatives et de la divergence d'opinions entre les membres de la Commission, la Commission serait reconnaissante aux États de bien vouloir répondre aux questions suivantes sur leur pratique concrète:

a) Existe-t-il des circonstances dans lesquelles on peut considérer que le silence gardé face à une déclaration interprétative constitue un acquiescement à une telle déclaration?

b) Si la réponse à la première question est affirmative, quelles seraient ces circonstances? (des exemples concrets seraient les bienvenus)

c) Si le silence ne constitue pas en lui-même un acquiescement à une déclaration interprétative, est-il appelé à jouer un rôle dans les effets juridiques qui peuvent être produits par une déclaration interprétative?

27. Compte tenu du fait que le rapport de l'année prochaine traitera, entre autres, des conséquences des déclarations interprétatives, quelles sont les conséquences de la formulation d'une déclaration interprétative pour:

a) Son auteur;

b) Un État ou une organisation internationale qui a approuvé cette déclaration interprétative; et

c) Un État ou une organisation qui a formulé une opposition à la déclaration interprétative.

28. Plus généralement, quel impact les réactions – positives ou négatives – des autres États ou organisations internationales à une déclaration interprétative ont-elles sur les effets que celle-ci est susceptible de produire? (des exemples concrets seraient les bienvenus)

B. Responsabilité des organisations internationales

29. La Commission prendrait connaissance avec intérêt des commentaires et observations des gouvernements et des organisations internationales sur les projets d'articles 46 à 53 relatifs à l'invocation de la responsabilité d'une organisation internationale.

30. Elle souhaiterait aussi recevoir des observations sur les questions relatives aux contre-mesures visant les organisations internationales, compte tenu de la discussion qu'elle a eue sur ces questions et qui est résumée au chapitre VII.

C. Protection des personnes en cas de catastrophe

31. La Commission accueillerait avec intérêt toute information concernant la pratique des États sur le sujet, y compris la législation interne. En particulier, elle souhaiterait recevoir des informations et observations sur les problèmes juridiques et institutionnels concrets rencontrés par les États s'agissant de gérer les catastrophes ou d'y répondre.

32. La Commission accueillerait également avec intérêt toute information émanant de l'ONU en réponse à la question suivante:

Comment le système des Nations Unies a-t-il institutionnalisé les rôles et les responsabilités, à l'échelon national et mondial, pour ce qui est de l'assistance aux populations et États touchés par des catastrophes – pendant la catastrophe elle-même, mais aussi avant et après – et quelles sont ses relations, dans chacune de ces phases, avec les acteurs tels que les États, les autres organisations intergouvernementales, le Mouvement de la Croix-Rouge, les organisations non gouvernementales, les équipes nationales d'intervention spécialisée, les autorités nationales chargées de la gestion des catastrophes et les autres acteurs compétents?

33. Des informations seront également recueillies auprès de la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, dans le cadre d'une enquête similaire qui sera adaptée en conséquence.

CHAPITRE IV

RESSOURCES NATURELLES PARTAGÉES

A. Introduction

34. À sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission a décidé d'inscrire le sujet «Ressources naturelles partagées» à son programme de travail, et a désigné M. Chusei Yamada Rapporteur spécial sur le sujet⁵. Un groupe de travail a également été créé pour aider le Rapporteur spécial à définir l'orientation générale du sujet à la lumière du plan d'étude établi en 2000⁶. Le Rapporteur spécial a exprimé son intention d'examiner, dans le cadre du sujet, les nappes captives transfrontières, le pétrole et le gaz naturel, et proposé à la Commission d'adopter une approche progressive, commençant par l'examen des eaux souterraines⁷.

35. De sa cinquante-cinquième (2003) à sa cinquante-neuvième (2007) session, la Commission a reçu et examiné quatre rapports du Rapporteur spécial⁸. Au cours de cette période, elle a créé quatre groupes de travail: le premier en 2004, présidé par le Rapporteur spécial, chargé de l'aider à poursuivre son examen du sujet; le deuxième, en 2005, présidé par M. Enrique Candioti, afin d'examiner et de réviser les 25 projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport (A/CN.4/551 et Corr.1 et Add.1), en tenant compte du débat tenu à la Commission; le troisième, en 2006, présidé par M. Enrique Candioti, qui a achevé l'examen et la révision des projets d'articles présentés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, travail qui a permis de mettre la dernière main, en première lecture, au projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières (2006); le quatrième, en 2007, présidé par M. Enrique Candioti, a apporté son concours au Rapporteur spécial aux fins d'envisager un programme de travail pour l'avenir, dont les relations entre les travaux sur les aquifères transfrontières et ceux qui seraient éventuellement entrepris sur le pétrole et le gaz; le groupe de travail a souscrit par la suite à la proposition du Rapporteur spécial de

⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10 et Corr.1), par. 518 et 519. Au paragraphe 2 de sa résolution 57/21, du 19 novembre 2002, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé «Ressources naturelles partagées». Voir également la résolution 55/152 de l'Assemblée générale, du 12 décembre 2000.

⁶ *Ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 10* (A/55/10), annexe, p. 298.

⁷ *Ibid.*, cinquante-septième session, *Supplément n° 10* (A/57/10 et Corr.1), par. 529.

⁸ A/CN.4/533 et Add.1 (Premier rapport), A/CN.4/539 et Add.1 (Deuxième rapport), A/CN.4/551 et Corr.1 et Add.1 (Troisième rapport) et A/CN.4/580 (Quatrième rapport).

procéder à la deuxième lecture du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières en 2008 et de traiter de ce sujet indépendamment de tout travail que la Commission pourrait entreprendre ultérieurement sur le pétrole et le gaz.

36. À sa cinquante-huitième session (2006), la Commission a adopté en première lecture le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières, qui comportait 19 projets d'articles⁹, ainsi que les commentaires y relatifs¹⁰, et a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son statut, de transmettre le projet d'articles, par l'intermédiaire du Secrétaire général, aux gouvernements pour observations et commentaires, en les priant de faire parvenir ceux-ci au Secrétaire général au plus tard le 1^{er} janvier 2008¹¹.

B. Examen du sujet à la présente session

37. À la présente session, la Commission était saisie du cinquième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/591), qui proposait un ensemble de 20 projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières pour examen par la Commission en deuxième lecture. Elle était également saisie des commentaires et observations des gouvernements concernant le projet d'articles adopté en première lecture (A/CN.4/595 et Add.1)¹². Le Rapporteur spécial a présenté son cinquième rapport à la 2956^e séance, le 5 mai 2008, et la Commission l'a examiné à ses 2957^e, 2958^e et 2959^e séances, tenues respectivement les 6, 7 et 8 mai 2008. Le débat a porté essentiellement sur l'examen au fond du projet d'articles proposé par le Rapporteur spécial, sur la forme du projet d'articles, eu égard au projet d'article 20 sur la relation avec d'autres conventions et accords internationaux proposé par le Rapporteur spécial, ainsi que sur la recommandation de celui-ci de suivre une démarche en deux temps, c'est-à-dire d'inviter l'Assemblée générale: a) à prendre note du projet d'articles, qui serait annexé à sa résolution, et à recommander aux États de prendre les mesures appropriées; b) à décider à un stade ultérieur de l'opportunité d'adopter une convention sur la question.

38. À ses 2958^e et 2959^e séances, les 7 et 8 mai 2008, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1^{er} à 13 et 14 à 20, respectivement, proposés dans le cinquième rapport. À la seconde de ces réunions, elle a en outre prié le

⁹ À sa 2885^e séance, le 9 juin 2006.

¹⁰ À ses 2903^e, 2905^e et 2906^e séances, tenues respectivement les 2, 3 et 4 août 2006.

¹¹ À sa 2903^e séance, le 2 août 2006.

¹² Voir également les résumés thématiques A/CN.4/577 et A/CN.4/588.

Rapporteur spécial de rédiger un projet de préambule, et à sa 2965^e séance, le 21 mai 2008, après avoir examiné une note du Rapporteur spécial contenant un projet de préambule (A/CN.4/L.722), elle a décidé de renvoyer ce projet au Comité de rédaction.

1. Relation entre le projet d'articles et d'autres instruments

39. On a interprété la proposition du Rapporteur spécial d'inclure un projet d'article 20¹³ sur la relation avec d'autres conventions et accords internationaux comme allant de pair avec l'adoption d'une convention, conclusion possible de la démarche en deux temps proposée. Le Comité de rédaction a décidé de ne pas inclure ce texte dans le projet d'articles, essentiellement au motif que les questions de relation avec d'autres instruments étaient liées à celle de la forme qui serait donnée en définitive au projet. Il était donc prématuré, après avoir adopté la démarche en deux temps (voir sect. C ci-dessous), que la Commission se penche sur ces questions, d'autant que les problèmes de relation avec d'autres instruments soulevaient toutes sortes de considérations de principe qu'il valait mieux laisser régler aux parties aux négociations. Le projet d'article 20 cherchait à la fois, en se fondant sur le paragraphe 1 de l'article 311 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, à définir la relation entre les présents projets d'articles et les autres conventions et accords internationaux qui régissaient en totalité ou en partie les questions concernant les aquifères transfrontières, et à préciser la relation entre le présent projet d'articles et la Convention de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, en particulier dans le cas d'un aquifère ou système aquifère transfrontière relié hydrauliquement à un cours d'eau international et relevant tant du présent projet d'articles que de la Convention de 1997.

¹³ Le projet d'article 20 proposé se lit comme suit:

Relation avec d'autres conventions et accords internationaux

1. Le présent projet d'articles ne modifie en rien les droits et obligations des États parties qui découlent d'autres conventions et accords internationaux compatibles avec lui, et qui ne portent atteinte ni à la jouissance par les autres États parties des droits qu'ils tiennent du présent projet d'articles, ni à l'exécution de leurs obligations découlant de celui-ci.
2. Par dérogation aux dispositions du paragraphe 1, lorsque les États parties au présent projet d'articles sont également parties à la Convention sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, les dispositions de cette dernière concernant les aquifères ou les systèmes aquifères transfrontières ne s'appliquent que dans la mesure où elles sont compatibles avec celles du présent projet d'articles.

40. Les questions soulevées par le projet d'article 20 ont fait l'objet de commentaires en plénière et au Comité de rédaction où l'on a également pointé du doigt l'utilité d'une telle disposition quel que soit l'avenir réservé au projet d'articles. C'est pourquoi il était important que la Commission s'exprime sur ce texte de façon à aider les États dans leur examen de la question. Pour certains membres, toutefois il s'agissait d'une question que la Commission ne pouvait traiter que sous conditions, sans prendre définitivement position.

41. On a reproché au paragraphe 1 du projet d'article 20 de ne pas dire grand-chose et de traiter indirectement des problèmes en jeu, en donnant notamment à entendre qu'en cas de conflit les dispositions du projet d'articles prévaudraient. Mais en l'état actuel des choses, certains membres ne voyaient pas bien si le projet d'articles devait absolument primer dans tous les cas. La Commission devrait arrêter un certain nombre de principes avant de décider de l'option à retenir au cas où un instrument contraignant serait négocié, notamment se prononcer sur le point de savoir a) si le projet d'articles était censé l'emporter sur les accords régionaux ou autres en vigueur, ou b) si toute future convention devait se conformer aux dispositions du présent projet d'articles. On a rappelé que l'article 311 de la Convention sur le droit de la mer était le fruit de négociations qui avaient pris en considération les impératifs de politique générale propres à cette convention. Il s'était passé la même chose lors des négociations de la Convention de 1997 sur les cours d'eau, dont les articles 3 et 4 reflétaient le large éventail d'options qui s'étaient dégagées au cours des négociations.

42. Il a été jugé utile de traiter de la relation entre le projet d'articles, au cas où il se transformerait en convention, et la Convention de 1997 sur les cours d'eau. Mais deux thèses se sont exprimées sur un éventuel chevauchement. Pour les uns, du point de vue juridique, les champs d'application ne se chevauchaient nullement, comme on pouvait logiquement le déduire de la définition de l'aquifère et du système aquifère aux fins du présent projet d'articles, qui visait essentiellement les «eaux souterraines captives» et, en tout état de cause, n'incluait pas la zone de déversement. En revanche, selon la définition donnée à l'article 2 a) de la Convention de 1997 sur les cours d'eau, l'expression «cours d'eau» s'entendait aux fins de cette convention d'un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, «du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et

aboutissant normalement à un point d'arrivée commun»¹⁴. Par ailleurs, les discussions préalables de la Commission avec des experts de l'eau semblaient confirmer que le terme «aquifère» s'appliquait à une nappe d'eau indépendante et qui n'alimentait pas directement un point d'arrivée commun par un système fluvial ni ne recevait un volume d'eau important d'une quelconque masse d'eau de surface. Pour bien montrer que les deux instruments prévoyaient deux régimes juridiques distincts, il était important de le dire clairement dans un préambule au projet d'articles, ou du moins fallait-il que la Commission s'abstienne de donner à entendre dans le commentaire que les deux instruments pouvaient empiéter l'un sur l'autre.

43. Pour les autres, il était impossible de négliger ce chevauchement. Ils ont fait observer que l'alinéa *a* de l'article 2 de la Convention sur les cours d'eau de 1997 offrait du cours d'eau une définition qui recouvrait certaines eaux souterraines et que dans les négociations de ladite Convention il n'avait pas été question du lien hydraulique, aussi serait-il difficile d'exclure tout chevauchement surtout dans les cas où les aquifères n'étaient pas «captifs». Dans sa résolution de 1994 sur les eaux souterraines captives, adoptée après l'achèvement du projet d'articles qui avait débouché ultérieurement sur l'adoption de la Convention de 1997 sur les cours d'eau, la Commission engageait les États à s'inspirer, le cas échéant, lorsqu'ils élaboraient des règles applicables aux eaux souterraines transfrontières, des principes énoncés dans le projet d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation. En conséquence, il pouvait arriver que deux États qui se partagent un aquifère suivent, l'un la Convention, et l'autre le présent projet d'articles, d'où le risque de conflit.

44. Sur le point de savoir si le projet d'articles devait ou non avoir priorité sur la Convention de 1997, certains membres ont relevé qu'une telle présomption de priorité était fondée en raison de la nature du présent projet d'articles en tant que régime spécial applicable aux aquifères. D'autres membres étaient d'avis que les dispositions du projet d'articles n'auraient pas nécessairement toujours la primauté.

45. Le projet d'articles ne devait pas seulement traiter d'autres conventions et accords internationaux, mais il devrait régir aussi les relations spéciales qu'il entretiendrait avec les accords bilatéraux et régionaux en vigueur et à venir. Il serait tout aussi important de

¹⁴ L'alinéa *a* de l'article 2 de la Convention sur les cours d'eau se lit comme suit: «L'expression "cours d'eau" s'entend d'un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant, du fait de leurs relations physiques, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun.».

traiter de la question du règlement des différends et il a été proposé d'envisager un article sur ce point.

2. Adoption du projet d'articles et des commentaires y relatifs

46. À ses 2970^e et 2971^e séances, les 3 et 4 juin 2008, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction (A/CN.4/L.724) et, à la seconde séance, elle a adopté un préambule et un ensemble de 19 projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières (voir sect. E.1 ci-dessous).

47. À ses 2989^e à 2991^e séances, les 4 et 5 août 2008, la Commission a adopté les commentaires relatifs au projet d'articles susmentionné (voir sect. E.2 ci-dessous).

48. Conformément à son statut, la Commission soumet le projet d'articles à l'Assemblée générale, assorti de la recommandation énoncée ci-dessous (voir sect. C ci-dessous).

C. Recommandation de la Commission

49. À sa 2991^e séance, le 5 août 2008, la Commission a décidé, conformément à l'article 23 de son statut, de recommander à l'Assemblée générale:

«a) De prendre acte du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières dans une résolution, et d'annexer ces articles à la résolution;

b) De recommander aux États concernés de prendre des dispositions appropriées au plan bilatéral ou régional pour assurer convenablement la gestion des aquifères transfrontières sur la base des principes énoncés dans ces articles;

c) D'envisager également, à une date ultérieure, et étant donné l'importance de la question, d'élaborer une convention sur la base des projets d'articles.».

D. Hommage au Rapporteur spécial, M. Chusei Yamada

50. À sa 2991^e séance, tenue le 5 août 2008, la Commission a adopté la résolution suivante par acclamation:

«La Commission du droit international,

Ayant adopté le projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières,

Exprime à M. Chusei Yamada, Rapporteur spécial, sa profonde gratitude et ses chaleureuses félicitations pour sa contribution exceptionnelle, son dévouement et ses efforts inlassables, et pour les résultats qu'il a obtenus dans l'élaboration du projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières.».

51. La Commission a également remercié le Rapporteur spécial pour les efforts inlassables qu'il a déployés pendant l'examen du sujet, en organisant des réunions avec des experts des eaux souterraines de l'Organisation des Nations Unies pour l'éducation, la science et la culture (UNESCO), l'Organisation des Nations Unies pour l'alimentation et l'agriculture (FAO), la Commission économique pour l'Europe (CEE) et l'Association internationale des hydrogéologues (AIH). À cet égard, la Commission note en outre que l'Association internationale des hydrogéologues a rendu hommage au Rapporteur spécial en lui décernant le titre de membre associé éminent pour sa contribution remarquable dans ce domaine.

52. La Commission a également exprimé sa profonde gratitude à M. Enrique Candioti, qui a présidé le Groupe de travail sur les ressources naturelles partagées pendant plusieurs années, pour sa contribution importante aux travaux sur le sujet.

E. Projet d'articles sur le droit des aquifères transfrontières

1. Texte du projet d'articles

53. On trouvera ci-dessous le texte du préambule et du projet d'articles adoptés par la Commission en seconde lecture à sa soixantième session.

Le droit des aquifères transfrontières

...

Conscient de l'importance pour l'humanité des ressources en eaux souterraines indispensables à la vie dans toutes les régions du monde,

Ayant à l'esprit l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, qui dispose que l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification,

Rappelant la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1962, relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles,

Rappelant les principes et recommandations adoptés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, tenue en 1992, dans la Déclaration de Rio et Action 21,

Tenant compte de la demande croissante d'eau douce et de la nécessité de protéger les ressources en eaux souterraines,

Attentif aux problèmes particuliers posés par la vulnérabilité des aquifères, exposés à la pollution,

Convaincu de la nécessité d'assurer la mise en valeur, l'utilisation, la conservation, la gestion et la protection des ressources en eaux souterraines en favorisant une exploitation optimale et durable des ressources en eau au bénéfice des générations actuelles et futures,

Affirmant l'importance de la coopération internationale et du bon voisinage dans ce domaine,

Soulignant la nécessité de prendre en considération la situation particulière des pays en développement,

Conscient de la nécessité de promouvoir la coopération internationale,

...

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique:

- a) À l'utilisation des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières;
- b) Aux autres activités qui ont un impact sur ces aquifères ou systèmes aquifères ou qui sont susceptibles d'en avoir un;

c) Aux mesures de protection, de préservation et de gestion de ces aquifères ou systèmes aquifères.

Article 2

Termes employés

Aux fins du présent projet d'articles:

a) On entend par «aquifère» une formation géologique perméable contenant de l'eau superposée à une couche moins perméable et l'eau contenue dans la zone saturée de cette formation;

b) On entend par «système aquifère» une série de deux ou plusieurs aquifères qui sont hydrauliquement reliés;

c) On entend par «aquifère transfrontière» ou «système aquifère transfrontière», respectivement, un aquifère ou un système aquifère situé dans plusieurs États;

d) On entend par «État de l'aquifère» un État sur le territoire duquel est situé toute partie d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière;

e) L'expression «utilisation d'aquifères et de systèmes aquifères transfrontières» comprend l'extraction d'eau, de chaleur et de minerais, et le stockage ou le rejet de toute substance;

f) On entend par «aquifère alimenté» un aquifère qui reçoit une alimentation contemporaine d'un volume d'eau non négligeable;

g) On entend par «zone de réalimentation» la zone qui contribue à l'alimentation en eau d'un aquifère, comprenant l'aire de réception des eaux pluviales et l'aire d'écoulement de ces eaux dans un aquifère par ruissellement et infiltration dans le sol;

h) On entend par «zone de déversement» la zone où l'eau en provenance d'un aquifère s'écoule vers ses points de sortie, tels qu'un cours d'eau, un lac, une oasis, une zone humide ou un océan.

DEUXIÈME PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3

Souveraineté des États de l'aquifère

Chacun des États de l'aquifère exerce sa souveraineté sur la portion d'aquifère ou de système aquifère transfrontière située sur son territoire. Il l'exerce conformément au droit international et au présent projet d'articles.

Article 4

Utilisation équitable et raisonnable

Les États de l'aquifère utilisent les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières selon le principe de l'utilisation équitable et raisonnable, de la manière suivante:

- a) Ils utilisent les aquifères ou les systèmes aquifères transfrontières de façon compatible avec une répartition équitable et raisonnable des avantages qui en découlent entre les États de l'aquifère concernés;
- b) Ils poursuivent le but de maximiser les avantages à tirer à long terme de l'utilisation de l'eau qui y est contenue;
- c) Ils établissent individuellement ou conjointement un plan global d'utilisation, en tenant compte des besoins présents et futurs en eau des États de l'aquifère et des autres ressources possibles en eau pour ces États;
- d) Ils s'abstiennent d'utiliser un aquifère ou un système aquifère transfrontière alimenté à un degré qui empêcherait l'aquifère ou le système aquifère de continuer à fonctionner de manière efficace.

Article 5

Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable

1. L'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière de manière équitable et raisonnable, au sens du projet d'article 4, implique la prise en considération de tous les facteurs pertinents, notamment:

- a) La population tributaire de l'aquifère ou du système aquifère dans chaque État de l'aquifère;
- b) Les besoins économiques, sociaux et autres, présents et futurs, des États de l'aquifère concernés;
- c) Les caractéristiques naturelles de l'aquifère ou du système aquifère;
- d) La contribution à la formation et à l'alimentation de l'aquifère ou du système aquifère;
- e) L'utilisation actuelle et potentielle de l'aquifère ou du système aquifère;
- f) Les effets réels et potentiels de l'utilisation de l'aquifère ou du système aquifère dans un État de l'aquifère sur d'autres États de l'aquifère concernés;
- g) L'existence d'autres solutions pour remplacer une utilisation particulière actuelle ou projetée de l'aquifère ou du système aquifère;
- h) La mise en valeur, la protection et la conservation de l'aquifère ou du système aquifère et le coût des mesures à prendre à cet effet;
- i) Le rôle de l'aquifère ou du système aquifère dans l'écosystème qui en relève.

2. Le poids à accorder à chaque facteur doit être déterminé en fonction de son importance pour l'aquifère ou le système aquifère transfrontière, par rapport à celle des autres facteurs pertinents. Pour déterminer ce qui est une utilisation équitable et raisonnable, il faut que tous les facteurs pertinents soient considérés ensemble et qu'une conclusion soit tirée sur la base de tous ces facteurs. Toutefois, pour évaluer

les différents types d'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière, il faut particulièrement tenir compte des besoins humains vitaux.

Article 6

Obligation de ne pas causer de dommage significatif

1. Lorsqu'ils utilisent les aquifères ou systèmes aquifères situés sur leur territoire, les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir un dommage significatif aux autres États de l'aquifère ou à d'autres États sur le territoire desquels est située une zone de déversement.
2. Lorsqu'ils mènent des activités autres que l'utilisation d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière qui ont, ou peuvent avoir, un impact sur cet aquifère ou ce système aquifère transfrontière, les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir un dommage significatif, au travers dudit aquifère ou système aquifère, aux autres États de l'aquifère ou aux autres États sur le territoire desquels une zone de déversement est située.
3. Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé à un autre État de l'aquifère ou à un autre État sur le territoire duquel est située une zone de déversement, l'État de l'aquifère dont les activités ont causé ce dommage prennent, en consultation avec l'État qui le subit, toutes les mesures d'intervention appropriées pour l'éliminer ou l'atténuer en tenant dûment compte des dispositions des projets d'articles 4 et 5.

Article 7

Obligation générale de coopérer

1. Les États de l'aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, du développement durable, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à une utilisation équitable et raisonnable et à une protection appropriée de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières.
2. Aux fins du paragraphe 1, les États de l'aquifère devraient établir des mécanismes conjoints de coopération.

Article 8

Échange continu de données et informations

1. En application du projet d'article 7, les États de l'aquifère échangent régulièrement des données et informations facilement accessibles sur l'état de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, en particulier celles qui sont d'ordre géologique, hydrogéologique, hydrologique, météorologique et écologique et celles qui concernent l'hydrochimie des aquifères ou systèmes aquifères, ainsi que les prévisions qui s'y rapportent.
2. Lorsque les connaissances sur la nature et l'étendue d'un aquifère ou système aquifère transfrontière sont insuffisantes, les États de l'aquifère concernés s'emploient de leur mieux à collecter et à produire des données et informations plus complètes au sujet de l'aquifère ou du système aquifère en question, compte tenu des pratiques et règles existantes. Ces États prennent de telles mesures individuellement ou conjointement et, le cas échéant, avec la coopération d'organisations internationales ou par leur entremise.
3. Si un État de l'aquifère se voit demander, par un autre État de l'aquifère, de fournir des données et informations relatives à un aquifère ou un système aquifère qui ne sont pas facilement accessibles, il s'emploie de son mieux à satisfaire à cette demande. L'État auquel la demande est adressée peut poser comme condition le paiement par l'État demandeur des frais raisonnablement exposés pour la collecte et, le cas échéant, le traitement de ces données ou informations.
4. Les États de l'aquifère s'emploient de leur mieux, le cas échéant, à collecter et à traiter les données et informations d'une manière propre à en faciliter l'utilisation par les autres États de l'aquifère auxquels elles sont communiquées.

Article 9

Accords et arrangements bilatéraux et régionaux

Aux fins de la gestion d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière particulier, les États de l'aquifère sont encouragés à conclure entre eux des accords ou arrangements bilatéraux ou régionaux. De tels accords ou arrangements peuvent être conclus pour tout ou partie d'un aquifère ou d'un système aquifère, ou pour un

projet ou un programme particulier ou une utilisation particulière, sauf dans la mesure où ils portent atteinte, de façon significative, à l'utilisation de l'eau de l'aquifère ou du système aquifère par un ou plusieurs autres États de l'aquifère, sans le consentement exprès de ces États.

TROISIÈME PARTIE

PROTECTION, PRÉSERVATION ET GESTION

Article 10

Protection et préservation des écosystèmes

Les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour protéger et préserver les écosystèmes qui sont situés à l'intérieur, ou sont tributaires, de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, notamment des mesures pour veiller à ce que la qualité et la quantité de l'eau qui est contenue dans un aquifère ou un système aquifère, ainsi que de l'eau qui s'écoule par ses zones de déversement, soient suffisantes pour protéger et préserver ces écosystèmes.

Article 11

Zones de réalimentation et de déversement

1. Les États de l'aquifère identifient les zones de réalimentation et de déversement des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières situés sur leur territoire. Ils prennent des mesures appropriées pour prévenir et réduire à un minimum les conséquences préjudiciables que peuvent subir les processus de réalimentation et de déversement.
2. Tous les États sur le territoire desquels est située tout ou partie d'une zone de réalimentation ou de déversement d'un aquifère ou système aquifère, et qui ne sont pas des États de l'aquifère à l'égard de cet aquifère ou de ce système aquifère, coopèrent avec les États de l'aquifère pour protéger ledit aquifère ou système aquifère et les écosystèmes qui en relèvent.

Article 12

Prévention, réduction et maîtrise de la pollution

Les États de l'aquifère, individuellement et, s'il y a lieu, conjointement, préviennent, réduisent et maîtrisent la pollution de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, y compris dans le cadre du processus de déversement, lorsqu'une telle pollution est susceptible de causer des dommages significatifs à d'autres États de l'aquifère. Les États de l'aquifère adoptent une approche de précaution en cas d'incertitude quant à la nature et à l'étendue d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière, et quant à sa vulnérabilité à la pollution.

Article 13

Surveillance

1. Les États de l'aquifère assurent la surveillance de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Ils s'acquittent, autant que possible, de cette surveillance conjointement avec les autres États de l'aquifère concernés et, s'il y a lieu, en collaboration avec les organisations internationales compétentes. Toutefois, lorsque les activités de surveillance ne peuvent pas être menées conjointement, les États de l'aquifère échangent entre eux les données recueillies.
2. Les États de l'aquifère utilisent des critères et une méthodologie convenus ou harmonisés pour assurer la surveillance de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Ils devraient déterminer les paramètres de base qu'ils surveilleront en se fondant sur un modèle conceptuel convenu des aquifères ou systèmes aquifères. Ces paramètres devraient comprendre les paramètres relatifs à l'état de l'aquifère ou du système aquifère visés au paragraphe 1 du projet d'article 8 de même que des paramètres relatifs à l'utilisation des aquifères ou systèmes aquifères.

Article 14

Gestion

Les États de l'aquifère établissent et mettent en œuvre des plans visant à assurer la gestion appropriée de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Ils tiennent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, des

consultations concernant la gestion d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière. S'il y a lieu, un mécanisme de gestion mixte est mis en place.

Article 15

Activités projetées

1. Lorsqu'un État est raisonnablement fondé à penser qu'une activité particulière projetée sur son territoire risque de porter atteinte à un aquifère ou à un système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État, il détermine, dans la mesure du possible, les effets éventuels de cette activité.
2. Avant que des activités projetées susceptibles de porter atteinte à un aquifère ou à un système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État ne soient mises à exécution ou autorisées, cet État doit en recevoir notification en temps utile. Une telle notification doit être accompagnée des données techniques et informations disponibles, y compris, le cas échéant, des résultats de toute étude d'impact sur l'environnement, afin que l'État auquel elle est adressée ait la possibilité d'évaluer les effets éventuels des activités projetées.
3. Si l'État auteur de la notification et l'État auquel elle est adressée sont en désaccord quant aux effets éventuels des activités projetées, ils engagent des consultations et, si nécessaire, des négociations en vue de parvenir à une solution équitable. Ils peuvent faire appel à un organe d'enquête indépendant pour déterminer de manière impartiale les effets desdites activités.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 16

Coopération technique avec des États en développement

Les États, agissant directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, promeuvent la coopération dans les domaines de la science, de l'éducation, de la technique, du droit et autres avec des États en développement en vue de la protection et de la gestion des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Cette coopération comprend, entre autres, les éléments suivants:

- a) Renforcer les capacités des États en développement dans les domaines scientifique, technique et juridique;
- b) Faciliter leur participation aux programmes internationaux pertinents;
- c) Leur fournir le matériel et les installations nécessaires;
- d) Accroître leur capacité de fabriquer ce matériel;
- e) Fournir des services consultatifs et mettre en place des installations permettant de mener des programmes de recherche, de surveillance, d'éducation et autres;
- f) Fournir des services consultatifs et mettre en place des installations pour réduire à un minimum les effets préjudiciables des principales activités touchant leur aquifère ou système aquifère transfrontière;
- g) Fournir des services consultatifs pour élaborer des études d'impact sur l'environnement;
- h) Favoriser l'échange de connaissances techniques et pratiques entre États en développement afin de renforcer la coopération entre ces États en matière de gestion de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière.

Article 17

Situations d'urgence

1. Aux fins du présent projet d'article, on entend par «situation d'urgence» une situation qui est soudainement provoquée par des causes naturelles ou par des activités humaines, qui touche un aquifère ou un système aquifère transfrontière et qui présente un risque imminent de dommage grave aux États de l'aquifère ou à d'autres États.
2. L'État sur le territoire duquel survient une situation d'urgence:
 - a) En informe sans retard et par les moyens les plus expéditifs disponibles les autres États qui risquent d'être atteints ainsi que les organisations internationales compétentes;

b) En coopération avec les États qui risquent d'être atteints et, s'il y a lieu, avec les organisations internationales compétentes, prend immédiatement toutes les mesures possibles que dictent les circonstances pour prévenir, atténuer et éliminer toute conséquence dommageable de la situation d'urgence.

3. Lorsqu'une situation d'urgence présente une menace pour des besoins humains vitaux, les États de l'aquifère peuvent prendre les mesures strictement nécessaires pour répondre à ces besoins, même en dérogeant aux dispositions des projets d'articles 4 et 6.

4. Les États fournissent une coopération scientifique, technique, logistique et autre aux États dans lesquels survient une situation d'urgence. Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire.

Article 18

Protection en période de conflit armé

Les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières et les infrastructures, installations, et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne doivent pas être utilisés en violation de ces principes et règles.

Article 19

Données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationales

Aucune disposition du présent projet d'articles n'oblige un État à fournir des données ou informations vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales. Néanmoins, cet État coopère de bonne foi avec les autres États en vue de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

2. Texte des projets d'articles et des commentaires y afférents

54. On trouvera ci-après le texte des projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières et des commentaires y afférents adoptés par la Commission en deuxième lecture à sa soixantième session.

Commentaire général

1) À sa cinquante-quatrième session, en 2002, la Commission du droit international a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé «Ressources naturelles partagées». De l'avis général, ce sujet recouvrait les eaux souterraines, le pétrole et le gaz naturel, mais l'on a fait observer qu'il pouvait également englober des ressources telles que les oiseaux migrateurs et certains autres animaux. La Commission a décidé d'adopter une démarche graduelle et de se concentrer sur l'examen des eaux souterraines transfrontières dans le prolongement de ses travaux antérieurs sur la codification du droit des eaux de surface¹⁵, au moins durant la première lecture du projet d'articles. Elle a adopté en 2006 en première lecture un ensemble de 19 projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières et de commentaires y afférents et les a transmis aux gouvernements pour qu'ils présentent leurs commentaires et observations, notamment sur la forme définitive que devrait prendre le projet d'articles, avant le 1^{er} janvier 2008. En 2007, dans l'attente des commentaires des gouvernements, la Commission s'est penchée sur la question de la relation entre ses travaux sur les aquifères transfrontières et ceux relatifs au pétrole et au gaz naturel. Elle a indiqué qu'elle préférerait procéder à la deuxième lecture des projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières et la mener à terme, indépendamment des travaux qu'elle pourrait effectuer dans l'avenir sur le pétrole et le gaz naturel¹⁶.

2) Au cours des débats sur les rapports de la Commission tenus par la Sixième Commission de l'Assemblée générale à ses soixante et unième (2006) et soixante-deuxième (2007) sessions, les gouvernements ont fait oralement des commentaires¹⁷. Des commentaires ont également été transmis par écrit au Secrétaire

¹⁵ Convention des Nations Unies de 1997 sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, résolution 51/229 de l'Assemblée générale, en date du 21 mai 1997, annexe.

¹⁶ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 160 à 183.

¹⁷ Résumés thématiques parus sous les cotes A/CN.4/577 et A/CN.4/588.

général comme suite à la demande de la Commission¹⁸. Les commentaires faits par les gouvernements sur les projets d'articles adoptés en première lecture étaient en général favorables et positifs et la Commission a été encouragée à procéder à la deuxième lecture sur la base du texte des projets d'articles adoptés en première lecture, certaines suggestions étant faites en vue de l'améliorer. Sur la question de la relation entre les travaux sur les aquifères transfrontières et les travaux sur le pétrole et le gaz naturel, une majorité écrasante s'est déclarée favorable à ce que le droit des aquifères transfrontières soit traité indépendamment de tous travaux futurs de la Commission sur les questions relatives au pétrole et au gaz naturel. Quant à la question de la forme définitive que devrait prendre le projet d'articles, les vues des gouvernements étaient divergentes. Certains préconisaient l'adoption d'un instrument juridiquement contraignant, tandis que d'autres penchaient pour un instrument non contraignant.

3) À sa soixantième session, en 2008, la Commission a examiné divers commentaires de gouvernements et a adopté en deuxième lecture des textes révisés contenant un ensemble de 19 projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières. Les textes adoptés en deuxième lecture sont présentés sous la forme de projets d'articles. Conformément à la pratique de la Commission, l'expression «projet d'articles» a été utilisée sans préjudice de la forme définitive que prendrait le fruit de ces travaux. Les vues des gouvernements sur la forme définitive que devrait revêtir le projet d'articles étant divergentes, la Commission a décidé de recommander à l'Assemblée générale d'adopter une démarche en deux étapes, consistant pour celle-ci: a) à prendre acte des projets d'articles, qui seraient annexés à sa résolution, et à recommander que les États concernés prennent des dispositions appropriées au plan bilatéral ou régional pour assurer convenablement la gestion des aquifères transfrontières sur la base des principes énoncés dans ces articles; et b) à envisager, à une date ultérieure, d'élaborer une convention sur la base des projets d'articles. Comme elle prévoyait qu'il faudrait un certain temps avant qu'une décision ne soit prise à propos de la seconde étape, la Commission a décidé de s'abstenir de formuler un projet d'article sur la relation entre ces projets d'articles et d'autres accords internationaux, de même qu'un projet d'article sur le règlement des différends, dont l'élaboration ne deviendrait nécessaire que lorsque la seconde étape serait engagée.

¹⁸ A/CN.4/595 et A/CN.4/595/Add.1.

4) La Commission a examiné soigneusement, pour chaque projet d'article, la question de savoir s'il serait nécessaire de structurer le projet d'articles de manière à distinguer entre les obligations qui s'appliqueront à tous les États en général, les obligations des États de l'aquifère vis-à-vis d'autres États de l'aquifère et les obligations des États de l'aquifère vis-à-vis des États tiers. Il a été décidé que, pour être efficaces, certains projets d'articles devraient imposer des obligations aux États qui ne partagent pas l'aquifère transfrontière considéré; ils devraient dans certains cas leur accorder des droits vis-à-vis des États de l'aquifère. En outre, dans d'autres cas, les obligations seraient applicables à tous les États. En parvenant à ces conclusions, la Commission a reconnu la nécessité de protéger les aquifères transfrontières.

5) Les projets d'articles prennent en considération de nombreux accords et arrangements bilatéraux, régionaux et internationaux existants en matière d'eaux souterraines. De nombreux instruments de ce type ont été rassemblés dans une publication établie par la FAO en association avec l'UNESCO¹⁹. Les travaux de la Commission sur les aquifères transfrontières ont été facilités par le précieux concours de scientifiques spécialistes des eaux souterraines (hydrogéologues), d'administrateurs des eaux souterraines et d'experts du droit des eaux. Depuis 2003, l'UNESCO, qui est l'institution du système des Nations Unies chargée de coordonner les recherches mondiales sur les problèmes de l'eau, a joué grâce à son Programme hydrologique international (PHI) un rôle important dans la fourniture d'avis scientifiques et techniques au Rapporteur spécial et à la Commission. L'UNESCO a engagé une action coordonnée avec d'autres institutions, commissions et programmes des Nations Unies, tels que la FAO, la CEE et le Programme des Nations Unies pour l'environnement/Fonds pour l'environnement mondial (PNUE/FEM), ainsi que l'Agence internationale de l'énergie atomique. Elle a également coopéré avec l'AIH, l'Organisation des États américains (OEA), le Centre international d'évaluation des ressources en eaux souterraines (IGRAC), la Commission franco-suisse de l'aquifère genevois et le projet du système aquifère du Guarani. Le Rapporteur spécial et la Commission expriment leur sincère gratitude à ces organisations. La Commission a également tenu en 2004 une séance officielle avec le Comité des ressources en eau de l'Association de droit international et tient à prendre acte des commentaires de celui-ci sur les projets d'articles adoptés en première lecture par la Commission, ainsi qu'à faire

¹⁹ S. Burchi et K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments* (FAO/UNESCO, 2005).

l'éloge des Règles de Berlin sur les ressources en eau adoptées par l'Association de droit international en 2004.

6) Le texte des projets d'articles sur le droit des aquifères transfrontières adoptés en deuxième lecture par la Commission en 2008 contient quelques modifications par rapport au texte adopté en première lecture, dont la plupart sont expliquées dans les commentaires correspondants.

Préambule

Conscient de l'importance pour l'humanité des ressources en eaux souterraines indispensables à la vie dans toutes les régions du monde,

Ayant à l'esprit l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, qui dispose que l'Assemblée générale provoque des études et fait des recommandations en vue d'encourager le développement progressif du droit international et sa codification,

Rappelant la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale, du 14 décembre 1962, relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles,

Rappelant les principes et recommandations adoptés par la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, tenue en 1992, dans la Déclaration de Rio et Action 21,

Tenant compte de la demande croissante d'eau douce et de la nécessité de protéger les ressources en eaux souterraines,

Attentif aux problèmes particuliers posés par la vulnérabilité des aquifères, exposés à la pollution,

Convaincu de la nécessité d'assurer la mise en valeur, l'utilisation, la conservation, la gestion et la protection des ressources en eaux souterraines en favorisant une exploitation optimale et durable des ressources en eau au bénéfice des générations actuelles et futures,

Affirmant l'importance de la coopération internationale et du bon voisinage dans ce domaine,

Soulignant la nécessité de prendre en considération la situation particulière des pays en développement,

Conscient de la nécessité de promouvoir la coopération internationale,

...

Commentaire

1) Le préambule a été ajouté en deuxième lecture de sorte à fournir un cadre contextuel aux projets d'articles. Le projet de préambule suit les précédents élaborés par la Commission, en particulier le projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses²⁰ et les projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommages transfrontières découlant d'activités dangereuses²¹.

2) Le premier alinéa du préambule est un considérant général où l'on reconnaît l'importance des eaux souterraines en tant que ressource indispensable à la vie de l'humanité. L'eau douce est indispensable à la survie du genre humain. L'humanité en dépend pour ses besoins en eau potable et d'assainissement (lavage et nettoyage), pour la production agricole et l'élevage. Il n'existe aucune ressource naturelle qui puisse s'y substituer. Quatre-vingt-dix-sept pour cent de l'eau douce aisément accessible est souterraine²². En raison de la croissance démographique rapide et de l'accélération du développement économique, les ressources en eaux souterraines font l'objet d'une exploitation et d'une pollution excessives. Il est urgent de se mettre à gérer comme il convient les ressources en eaux souterraines.

3) Au troisième alinéa du préambule, on rappelle la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale relative à la souveraineté permanente sur les ressources naturelles. Au quatrième alinéa, on réaffirme la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement de 1992 et Action 21 de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement, dont le chapitre 18 préconise l'application d'approches intégrées du développement, de la gestion et de l'utilisation des ressources en eau.

4) Les cinquième, sixième et septième alinéas du préambule exposent les principaux buts du présent projet d'articles, principalement l'exploitation et la protection des ressources en eau, eu égard aux demandes croissantes d'eau douce, et donc à la nécessité

²⁰ *Annuaire de la Commission du droit international 2001*, vol. II (deuxième partie), par. 97.

²¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 66.

²² S. Burchi et K. Mechlem (note 19), avant-propos – P. H. Gleick, «Water Resources», in S. H. Schneider (éd.), *Encyclopedia of Climate Change and Water* (New York: Oxford University Press 1996) (vol. 2), p. 817 à 823: il est indiqué que l'eau souterraine représente 99 % de toute l'eau douce accessible.

de protéger les ressources en eaux souterraines, aux problèmes particuliers que pose la vulnérabilité des aquifères ainsi qu'aux besoins des générations actuelles et futures. Les huitième, neuvième et dixième alinéas du préambule mettent un accent particulier sur la coopération internationale et, compte tenu des principes de la responsabilité commune mais différenciée, prennent en considération la situation particulière des pays en développement.

PREMIÈRE PARTIE

INTRODUCTION

Article premier

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique:

- a) À l'utilisation des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières;
- b) Aux autres activités qui ont un impact sur ces aquifères ou systèmes aquifères ou qui sont susceptibles d'en avoir un;
- c) Aux mesures de protection, de préservation et de gestion de ces aquifères ou systèmes aquifères.

Commentaire

1) Le projet d'article premier définit le champ d'application du présent projet d'articles. S'il est généralement approprié de désigner une masse d'eaux souterraines par l'expression «eaux souterraines», on préfère aux fins du présent projet d'articles le terme technique «aquifère» car ce terme défini dans le projet d'article 2 est plus précis sur le plan scientifique et ne laisse aucune ambiguïté tant pour les juristes que pour les scientifiques et les administrateurs. Un aquifère est souvent relié hydrauliquement à un ou plusieurs autres aquifères. En pareil cas, ces aquifères doivent être traités comme un système unique pour être convenablement gérés, puisqu'ils sont homogènes sur le plan hydraulique. Cette série de deux aquifères ou plus est appelée un «système aquifère». Dans le projet d'articles, les expressions «aquifères» et «systèmes aquifères» sont toujours utilisées conjointement.

2) Le mandat qui a été donné à la Commission est de codifier le droit des «ressources naturelles partagées». En conséquence, le présent projet d'articles ne s'applique qu'aux aquifères ou systèmes aquifères «transfrontières». Tous les aquifères et systèmes aquifères

transfrontières seront régis par le présent projet d'articles, qu'ils soient ou non hydrauliquement reliés à des cours d'eau internationaux. Bien que les eaux souterraines couvertes par la Convention sur les cours d'eau de 1997 en application de son article 2 a) s'apparentent davantage à des eaux de surface qu'à des eaux souterraines car cette Convention s'applique à un système d'eaux de surface et d'eaux souterraines constituant «du fait de leur relation physique, un ensemble unitaire et aboutissant normalement à un point d'arrivée commun», la possibilité que de telles eaux souterraines soient également régies par le présent projet d'articles ne peut être complètement écartée. C'est pourquoi, si le présent projet d'articles devait devenir un instrument juridiquement contraignant, il faudrait déterminer la relation entre le présent projet d'articles et la Convention de 1997 sur les cours d'eau.

3) Le projet d'article premier spécifie, aux alinéas *a* à *c*, trois catégories d'activités différentes couvertes par le projet d'articles. L'alinéa *a* traite de l'utilisation des aquifères qui a l'impact le plus direct sur les aquifères. Le terme «utilisation» a été préféré à «usages», car il recouvre aussi la façon d'utiliser. Le mot «utilisation» est défini au projet d'article 2.

4) L'alinéa *b* traite des activités autres que l'utilisation qui ont ou sont susceptibles d'avoir un impact sur les aquifères. Il peut sembler à première vue que cet alinéa soit de portée trop large et qu'il pourrait être interprété comme imposant des limites inutiles à de telles activités. Cependant, dans le cas des aquifères, il est absolument nécessaire de réguler de telles activités pour gérer convenablement un aquifère ou un système aquifère. L'obligation s'attachant à ces activités est énoncée précisément dans les projets d'articles qui portent sur le fond. Les activités de ce type sont celles qui sont exécutées juste au-dessus ou à proximité d'un aquifère ou d'un système aquifère et qui ont ou peuvent avoir des effets préjudiciables sur celui-ci. Bien entendu, il doit y avoir un lien de causalité entre les activités et leurs effets. Par exemple, un engrais ou un pesticide chimique utilisés imprudemment dans des activités agricoles effectuées au-dessus d'un aquifère ou d'un système aquifère peut polluer les eaux de l'aquifère ou du système aquifère. La construction d'un métro sans que les études géologiques appropriées aient été faites peut avoir pour conséquence de détruire une formation géologique d'un aquifère ou d'un système aquifère, ou d'en détériorer le processus d'alimentation ou de déversement. L'impact sur les aquifères consisterait notamment en une détérioration de la qualité de l'eau, une réduction de la quantité d'eau et une modification préjudiciable du

fonctionnement des aquifères. Le mot «impact» n'a par lui-même aucune connotation positive ou négative. Toutefois, ce mot peut être interprété comme ayant une connotation négative si le contexte dans lequel il est utilisé est lui-même négatif comme dans le cas de l'alinéa *b*. Le mot «impact» a une signification plus large que celle de la notion de «préjudice» ou de «dommage», qui est plus précise. Le soin de déterminer le seuil de l'impact est laissé aux projets d'articles suivants qui portent sur le fond.

5) À l'alinéa *c*, le mot «mesures» englobe non seulement les mesures qu'il faut prendre pour lutter contre la dégradation des aquifères mais également celles qu'il faut prendre pour améliorer ces aquifères ainsi que les diverses formes de coopération, institutionnalisées ou non.

Article 2

Termes employés

Aux fins du présent projet d'articles:

a) On entend par «aquifère» une formation géologique perméable contenant de l'eau superposée à une couche moins perméable et l'eau contenue dans la zone saturée de cette formation;

b) On entend par «système aquifère» une série de deux ou plusieurs aquifères qui sont hydrauliquement reliés;

c) On entend par «aquifère transfrontière» ou «système aquifère transfrontière», respectivement, un aquifère ou un système aquifère situé dans plusieurs États;

d) On entend par «État de l'aquifère» un État sur le territoire duquel est situé toute partie d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière;

e) L'expression «utilisation d'aquifères et de systèmes aquifères transfrontières» comprend l'extraction d'eau, de chaleur et de minerais, et le stockage ou le rejet de toute substance;

f) On entend par «aquifère alimenté» un aquifère qui reçoit une alimentation contemporaine d'un volume d'eau non négligeable;

g) On entend par «zone de réalimentation» la zone qui contribue à l'alimentation en eau d'un aquifère, comprenant l'aire de réception des eaux pluviales et l'aire d'écoulement de ces eaux dans un aquifère par ruissellement et infiltration dans le sol;

h) On entend par «zone de déversement» la zone où l'eau en provenance d'un aquifère s'écoule vers ses points de sortie, tels qu'un cours d'eau, un lac, une oasis, une zone humide ou un océan.

Commentaire

1) Le projet d'article 2 définit huit termes qui ont été employés dans le présent projet d'articles. Les termes techniques ont été utilisés de manière à rendre le texte facilement accessible aux usagers auxquels il est destiné, à savoir le personnel scientifique et les administrateurs chargés de la gestion des eaux. On trouve diverses définitions de l'aquifère et des eaux souterraines dans les conventions et autres instruments juridiques internationaux existants²³. Aux fins du présent article, toutefois, la définition de l'aquifère donnée à l'alinéa *a* offre la description précise des deux éléments constitutifs d'un aquifère et des activités y relatives qui doivent être réglementées. L'un est la formation géologique souterraine, qui fonctionne comme réceptacle des eaux, l'autre, l'eau qui s'y trouve contenue susceptible d'en être extraite. L'expression «contenant de l'eau» a été employée pour qu'il n'y ait aucun doute sur le fait que le présent projet d'articles ne

²³ Par. 11 de l'article 2 de la Directive 2000/60/CE du Parlement et du Conseil de l'Union européenne du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau:

«Aquifère»: une ou plusieurs couches souterraines de roche ou d'autres couches géologiques d'une porosité et perméabilité suffisantes pour permettre soit un courant significatif d'eaux souterraines, soit le captage de quantités importantes d'eaux souterraines.

Commission d'indemnisation des Nations Unies, Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la troisième tranche de réclamations de la catégorie «F4», Glossaire (S/AC.26/2003/31):

«Aquifère»: formation géologique hydrique naturelle située au-dessous de la surface du sol.

Par. 1 de l'article premier du projet d'Accord de Bellagio de 1989 concernant l'utilisation des eaux souterraines transfrontières:

«Aquifère»: désigne une formation géologique souterraine contenant de l'eau d'où l'on peut tirer des volumes d'eau importants.

Par. 2 de l'article 3 des Règles de Berlin de l'Association de droit international relatives aux ressources en eau (2004):

«Aquifère»: désigne une couche ou plusieurs couches géologiques souterraines d'une porosité et perméabilité suffisantes pour permettre soit un courant d'eaux souterraines soit le captage de quantités d'eau utiles.

Al. *a* du paragraphe 2 de l'article premier de la Directive 80/68/CEE du Conseil du 17 décembre 1979, concernant la protection des eaux souterraines contre la pollution causée par certaines substances dangereuses; al. *a* de l'article 2 de la Directive du Conseil n° 91/676/CEE du 12 décembre 1991 concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles; par. 3 de l'article 2 du Protocole de 1999 sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux; par. 2 de l'article 2 de la Directive 2000/60/CE du Parlement et du Conseil du 23 octobre 2000 établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau:

«Eaux souterraines»: toutes les eaux se trouvant sous la surface du sol dans la zone de saturation qui sont en contact direct avec le sol ou le sous-sol.

Par. 11 de l'article 3 des Règles de Berlin de l'Association de droit international relatives aux ressources en eau (2004):

«Eaux souterraines»: désigne les eaux se trouvant sous la surface du sol dans la zone de saturation qui sont en contact direct avec le sol ou le sous-sol.

s'applique pas au pétrole et au gaz naturel. La mention «souterraine» figurant dans le texte adopté en première lecture a été supprimée car il va de soi que les aquifères se trouvent sous la surface dès lors qu'il s'agit d'une formation géologique. Une «formation géologique» est constituée de matériaux naturels, tels que les roches, le gravier et le sable. Tous les aquifères sont superposés à des couches moins perméables qui font en quelque sorte fonction de fond du contenant. On trouve aussi des aquifères au-dessous de couches moins perméables qui leur sont superposées. Les eaux emmagasinées dans ces aquifères sont appelées «captives» du fait qu'elles subissent une pression supérieure à la pression atmosphérique.

2) La définition de l'eau d'un aquifère ne vise que celle qui est emmagasinée dans la zone saturée de la formation géologique, car seule cette eau peut être extraite facilement. Celle qui se trouve au-dessus de la zone saturée, de même que la nappe souterraine qui se trouve à l'extérieur de l'aquifère, reste dans les interstices, se mélange à l'air et revêt la forme de vapeur et ne peut être extraite facilement. Elle est comme l'huile de schiste. Il est certes possible, en théorie, de séparer cette eau de l'air et du sol, mais ce n'est ni techniquement ni économiquement faisable à l'heure actuelle. On s'est demandé si le projet d'articles devrait aussi s'appliquer aux formations qui ne contiennent que des quantités d'eau minimales. Il est certes évident que les États ne s'intéressent pas à un aquifère qui pour eux ne compte pas, mais il ne serait pas possible de définir un critère absolu en la matière. L'eau dont il est question dans le projet d'articles est essentiellement l'eau douce, ressource indispensable à la vie de l'humanité. Qu'il s'agisse d'eau douce ressort implicitement de la définition et les experts s'appuieront sur les directives de l'OMS concernant la qualité des eaux de boisson. Les formations géologiques contenant une telle eau douce ne peuvent se trouver qu'au-dessous de la surface terrestre. Les formations géologiques sous-marines sous le plateau continental ne contiennent pas d'eau douce et, par conséquent, de telles formations et l'eau qu'elles contiennent sortent du champ d'application du présent projet d'articles. Cependant, certains aquifères contiennent des eaux saumâtres et il existe des aquifères côtiers qui déversent dans l'interface marin de l'eau salée. L'eau saumâtre et faiblement salée que contiennent de tels aquifères pourrait être utilisée aux fins d'irrigation ou pourrait être dessalée. Le présent projet d'articles s'applique également à de tels aquifères.

3) Un «système aquifère» est constitué de deux aquifères ou plus qui sont hydrauliquement reliés. Parmi ces aquifères, outre ceux qui appartiennent à la même formation géologique, on peut en trouver qui sont associés à des formations géologiques différentes. Les aquifères peuvent être hydrauliquement reliés verticalement, mais aussi horizontalement. L'expression «hydrauliquement reliés» désigne une relation physique entre deux aquifères ou plus, qui fait qu'un aquifère est capable de transmettre une certaine quantité d'eau aux autres aquifères, et inversement. La quantité d'eau qui peut être transmise est importante, puisqu'une quantité insignifiante ou minime ne peut pas se traduire par une véritable communication entre masses d'eau. Le critère permettant de déterminer si une quantité est significative est directement lié à la capacité de l'aquifère transmettant l'eau d'exercer un effet sur la quantité et la qualité de l'eau dans les aquifères récepteurs. Il n'est pas possible de formuler des critères généraux et absolus d'un tel effet. Il faut apprécier dans chaque cas particulier s'il convient de traiter ces aquifères comme un système pour les gérer correctement.

4) L'alinéa *c* définit les termes «aquifère transfrontière» et «système aquifère transfrontière» qui sont employés dans le projet d'article premier relatif au champ d'application comme dans bien d'autres projets d'articles. Ici, l'accent est mis sur l'adjectif «transfrontière». Cet alinéa prévoit que, pour être qualifié de «transfrontière», il faut que l'aquifère ou le système aquifère considéré soit situé dans plusieurs États. Qu'un aquifère ou un système aquifère soit ou non réparti entre différents États dépend de facteurs physiques. Dans le cas des eaux de surface, l'existence de ces facteurs est aisée à établir par la simple observation. Dans celui des eaux souterraines, il faut faire appel à des méthodes plus perfectionnées pour déterminer s'il existe des aquifères transfrontières, en procédant à des forages et en faisant appel à des technologies telles que le traçage isotopique pour délimiter les aquifères.

5) L'alinéa *d* définit le terme «État de l'aquifère», qui est employé tout au long du projet d'articles. Dès lors qu'est établie l'existence d'une partie de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière sur le territoire d'un État déterminé, cet État est un État de l'aquifère aux fins du projet d'articles. Le territoire comprend les eaux territoriales. Dans certains cas exceptionnels, un État tiers peut administrer le territoire d'un autre État où se situe une partie de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière. La question de savoir si un État administrant devrait être considéré comme un État de l'aquifère doit être

tranchée au cas par cas, compte tenu des avantages que tire la population de l'utilisation d'un tel aquifère.

6) L'alinéa *e* a été formulé en deuxième lecture. L'extraction d'eau douce est bien entendu la principale utilisation des aquifères. D'autres types d'utilisation, quoique exceptionnels et accessoires, ne devraient pas être négligés. Le terme «utilisation» est défini d'une manière non exhaustive, de sorte à englober non seulement l'extraction d'eau mais aussi l'extraction de chaleur aux fins de production d'énergie thermique, l'extraction de minerais qui peuvent se trouver dans les aquifères, ainsi que le stockage ou les rejets de déchets. En matière de rejets, une nouvelle technique est expérimentée pour utiliser un aquifère aux fins du piégeage du dioxyde de carbone. On escompte que les règles régissant les rejets de déchets toxiques, radioactifs et autres déchets dangereux seront aussi applicables.

7) Un aquifère peut être alimenté ou non alimenté. Des règles légèrement différentes s'appliquent à chacun d'eux. L'alinéa *f* donne une définition de l'aquifère alimenté. Aux fins de la gestion des aquifères, on entend par aquifères «non alimentés» ceux dont l'alimentation en eau «contemporaine» est «négligeable». Le terme «négligeable» qualifie l'alimentation d'une certaine quantité d'eau. Pour savoir si cette quantité est «négligeable» ou non, il faut l'apprécier par rapport aux caractéristiques spécifiques de l'aquifère qui la reçoit, notamment le volume d'eau qui s'y trouve contenu, celui qui s'en déverse, celui qui l'alimente, le débit d'alimentation, et ainsi de suite. Le terme «contemporaine» doit s'entendre par commodité d'une période d'environ cent ans – cinquante dans le passé et cinquante dans l'avenir. Les scientifiques classent généralement les aquifères situés en zone aride, où les précipitations annuelles sont inférieures à 200 millimètres, parmi les aquifères non alimentés. Il est possible de vérifier si un aquifère déterminé a été alimenté durant les quelque cinquante dernières années à l'aide de traceurs radioactifs. Ces traceurs sont le césium et le tritium issus des essais d'armes nucléaires, avec des injections atteignant un maximum au point 1963/1964, et le krypton provenant des émissions continues de l'industrie nucléaire depuis le milieu des années 50. Ces traceurs flottent dans l'atmosphère depuis cinquante ans et peuvent être détectés dans l'aquifère alimenté par les précipitations tombées durant cette période.

8) Chaque aquifère peut avoir une «zone de réalimentation», notamment un bassin versant qui est relié hydrauliquement à un aquifère et une «zone de déversement», par laquelle l'eau d'un aquifère s'écoule vers son point de sortie. Les définitions de la «zone de réalimentation» et de la «zone de déversement» sont données aux alinéas g et h, respectivement. Ces zones se trouvent situées en dehors de l'aquifère, bien qu'elles lui soient hydrauliquement reliées. La zone de réalimentation apporte de l'eau à un aquifère et comprend la zone où les eaux pluviales s'infiltrent directement dans le sol, la zone de ruissellement superficielle où elles finissent par s'infiltrer dans le sol et la zone non saturée souterraine d'infiltration. La zone de déversement est celle où l'eau de l'aquifère s'écoule vers son point de sortie, lequel peut être un cours d'eau, un lac, un océan, une oasis ou une zone humide. Ces points de sortie ne font pas partie de la zone de déversement proprement dite. L'aquifère et ses zones de réalimentation et de déversement forment un continuum dynamique dans le cycle hydrologique. En reconnaissant la nécessité de protéger ces zones, on reconnaît l'importance de la protection de l'ensemble de l'environnement dont dépend la vie des aquifères. Ces zones font l'objet de mesures particulières et d'arrangements de coopération en vertu des dispositions du présent projet d'articles.

DEUXIÈME PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 3

Souveraineté des États de l'aquifère

Chacun des États de l'aquifère exerce sa souveraineté sur la portion d'aquifère ou de système aquifère transfrontière située sur son territoire. Il l'exerce conformément au droit international et au présent projet d'articles.

Commentaire

1) La nécessité de faire expressément référence sous la forme d'un projet d'article à la souveraineté des États sur les ressources naturelles situées à l'intérieur de leur territoire a été réaffirmée par un grand nombre d'États, et en particulier par les États de l'aquifère qui estiment que les ressources en eau appartiennent aux États sur le territoire desquels elles sont situées et qu'elles relèvent de leur souveraineté exclusive. Il a aussi été indiqué que les eaux souterraines doivent être considérées comme appartenant aux États sur le territoire desquels elles sont situées, comme il en va du pétrole et du gaz naturel. Mention a été faite, à cet égard, de la résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale en date du 14

décembre 1962, intitulée «Souveraineté permanente sur les ressources naturelles». Il est fait référence à cette résolution dans le préambule.

2) Un grand nombre de traités et autres instruments juridiques évoquent la souveraineté des États sur les ressources naturelles²⁴. Le projet d'article 3 réaffirme le principe fondamental selon lequel les États conservent la souveraineté sur un aquifère, ou des portions d'un aquifère, situé sur leur territoire. La pratique des États connaît en gros deux types de formulation en ce qui concerne cette question. Il y a d'un côté la formulation positive, parfois assortie de conditions limitant l'exercice de ce droit souverain. Pour citer un exemple: «Les États ont, conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique en matière d'environnement et de développement, et le devoir de faire en sorte que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne causent pas de dommage à l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne

²⁴ 1) Traités évoquant le principe dans le préambule: Convention de Vienne de 1985 pour la protection de la couche d'ozone; Accord sur la qualité de l'air (Canada-États-Unis) (1991); Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992); Convention sur la diversité biologique (1992); Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification dans les pays gravement touchés par la sécheresse et/ou la désertification, en particulier en Afrique (1994); Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003).

2) Traités évoquant le principe dans leurs dispositions: Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités (1978); Charte africaine (de Banjul) des droits de l'homme et des peuples (1981); Convention des Nations Unies sur le droit de la mer (1982); Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement dans la région du Pacifique Sud (1986); Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (1995); Protocole de 1999 sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux; Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003).

3) Instruments internationaux sans force obligatoire évoquant le principe: Projet d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses (adopté par la Commission du droit international à sa cinquante-troisième session en 2001); Action concertée en vue du développement économique des pays économiquement peu développés, résolution 1515 (XV) de l'Assemblée générale (1960); Souveraineté permanente sur les ressources naturelles, résolution 1803 (XVII) de l'Assemblée générale (1962); Déclaration de Stockholm (Déclaration des Nations Unies sur l'environnement) (1972); Charte des droits et devoirs économiques des États, résolution 3281 (XXIX) de l'Assemblée générale (1974); Déclaration sur le droit au développement, résolution 41/128 de l'Assemblée générale (1986); Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992).

4) Autres traités connexes: Accord de l'Association des Nations de l'Asie du Sud-Est (ASEAN), relatif à la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985, non en vigueur); [Traités mentionnant la notion de droit des peuples sur les ressources naturelles] Pacte international relatif aux droits économiques, sociaux et culturels (1966); Pacte international relatif aux droits civils et politiques (1966); Charte africaine (de Banjul) des droits de l'homme et des peuples (1981).

relevant d'aucune juridiction nationale²⁵.». De l'autre côté, on trouve la clause de sauvegarde ou formule de réserve du type «aucune des dispositions de la présente Convention ne porte atteinte au droit souverain des États d'exploiter, de mettre en valeur et de gérer leurs ressources naturelles»²⁶.

3) Le projet d'article 3 retient la formulation positive, et c'est un texte bien équilibré. Les deux phrases dont il se compose sont nécessaires pour préserver cet équilibre. En substance, chaque État de l'aquifère est souverain sur l'aquifère ou le système aquifère transfrontière pour autant que celui-ci soit situé sur son territoire. La référence au «droit international» a été ajoutée pour indiquer que si le présent projet d'articles a été élaboré dans le contexte de l'application continue du droit international coutumier, il existe d'autres règles du droit international général qui demeurent applicables.

4) Le terme «souveraineté» fait ici référence à la souveraineté sur un aquifère situé à l'intérieur du territoire d'un État de l'aquifère, y compris la mer territoriale, et doit être distingué de «l'exercice de droits souverains», tels que ceux que l'on peut exercer sur le plateau continental ou dans la zone économique exclusive adjacente à la mer territoriale. Comme on l'a noté plus haut, au paragraphe 2 du commentaire sur le projet d'article 2, les aquifères du plateau continental sont exclus du champ d'application des présents articles.

Article 4

Utilisation équitable et raisonnable

Les États de l'aquifère utilisent les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières selon le principe de l'utilisation équitable et raisonnable, de la manière suivante:

- a) Ils utilisent les aquifères ou les systèmes aquifères transfrontières de façon compatible avec une répartition équitable et raisonnable des avantages qui en découlent entre les États de l'aquifère concernés;
- b) Ils poursuivent le but de maximiser les avantages à tirer à long terme de l'utilisation de l'eau qui y est contenue;
- c) Ils établissent individuellement ou conjointement un plan global d'utilisation, en tenant compte des besoins présents et futurs en eau des États de l'aquifère et des autres ressources possibles en eau pour ces États;

²⁵ Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003).

²⁶ Convention sur la protection des ressources naturelles et de l'environnement de la région du Pacifique Sud (1986).

d) Ils s'abstiennent d'utiliser un aquifère ou un système aquifère transfrontière alimenté à un degré qui empêcherait l'aquifère ou le système aquifère de continuer à fonctionner de manière efficace.

Commentaire

1) Les aquifères transfrontières sont des ressources naturelles partagées. On peut diviser l'utilisation de l'aquifère en deux catégories, puisque l'aquifère comprend une formation géologique et l'eau qui s'y trouve contenue. L'utilisation de l'eau est très courante, et cette eau sert surtout à la satisfaction de besoins vitaux comme la boisson, mais aussi à l'assainissement, à l'irrigation et à l'activité industrielle. L'utilisation de la formation géologique est assez rare. L'exemple typique est la réalimentation artificielle de l'aquifère franco-suisse du Genevois qui fait appel aux eaux de l'Arve. Le traitement de l'eau est ainsi moins coûteux que la construction d'installations à cet effet et permet de produire une eau de grande qualité. Comme on l'a noté précédemment, un aquifère peut aussi être utilisé pour les rejets, en particulier grâce à une nouvelle technique expérimentale de piégeage du dioxyde de carbone dans les aquifères²⁷. Cette utilisation est accessoire au présent projet d'articles.

2) Les projets d'articles 4 et 5 sont étroitement liés. L'un pose le principe général de l'utilisation des aquifères et l'autre énonce les facteurs d'application de ce principe. Le projet d'article 4 établit dans son chapeau le principe fondamental applicable à l'utilisation des ressources naturelles partagées de «l'utilisation équitable et raisonnable». Ce principe est développé plus avant aux alinéas *a* à *d*. Si les notions d'utilisation équitable et d'utilisation raisonnable sont différentes, elles n'en sont pas moins intimement liées et souvent combinées dans divers régimes juridiques²⁸.

3) L'alinéa *a* explique que l'utilisation équitable et raisonnable des aquifères devrait aboutir à une répartition équitable des avantages à en tirer entre les États qui partagent l'aquifère. Il est entendu que les termes «équitable» et «égal» ne coïncident pas.

4) Les alinéas *b* à *d* visent davantage l'utilisation raisonnable. Dans divers régimes juridiques concernant les ressources naturelles renouvelables, «l'utilisation raisonnable» est souvent définie comme «durable» ou «optimale». Cette doctrine repose sur une définition scientifique bien établie selon laquelle il faut s'attacher, en se fondant sur les

²⁷ Voir le paragraphe 6) du commentaire relatif au projet d'article 2.

²⁸ Voir, par exemple, la Convention de 1997 sur les cours d'eau, art. 5, par. 1.

données scientifiques les plus fiables dont on dispose, à maintenir ou à rétablir les ressources exploitées à des niveaux qui assurent le rendement constant maximal²⁹. Elle exige que des mesures soient prises pour préserver les ressources à perpétuité. Dans le cas de la Convention sur les cours d'eau de 1997, il s'agissait d'une ressource en eau renouvelable réalimentée en quantité substantielle et, dans ce contexte, le principe de l'utilisation durable était pleinement applicable. Pour les aquifères, la situation est entièrement différente: les eaux des aquifères, alimentés ou non alimentés, sont plus ou moins non renouvelables, sauf dans le cas des aquifères alimentés artificiellement. C'est pourquoi le but est de «maximiser les avantages à tirer à long terme» de l'utilisation de telles eaux. Une telle maximisation pourrait être réalisée au moyen de l'établissement d'un plan global d'utilisation par les États de l'aquifère concernés, compte tenu des besoins actuels et futurs, ainsi que des autres ressources en eau dont ils disposent. Les alinéas *b* et *c* tiennent compte de ces prescriptions. Dans le souci de reconnaître les préoccupations en matière de durabilité et d'équité entre les générations, le septième alinéa du préambule fait allusion à ces questions. À l'alinéa *c*, la mention «individuellement ou conjointement» a été ajoutée pour signifier l'importance d'un plan préalable, mais il n'est pas nécessaire qu'un tel plan soit le fruit d'une action concertée des États de l'aquifère concernés, du moins au stade initial. Un «plan global d'utilisation» n'est nécessaire que pour un aquifère transfrontière particulier, et non pas pour l'ensemble des ressources en eau des États de l'aquifère concernés. C'est pourquoi les autres ressources en eau disponibles devraient être prises en considération.

5) Dans le cas d'un aquifère alimenté, il est souhaitable de prévoir une utilisation s'étendant sur une durée beaucoup plus longue que dans le cas d'un aquifère non alimenté. Il n'est toutefois pas nécessaire d'en limiter l'exploitation au niveau d'alimentation. L'alinéa *d* s'applique aux aquifères alimentés, y compris ceux qui reçoivent une alimentation artificielle. Il est crucial que ces aquifères conservent certaines qualités et caractéristiques physiques. En conséquence, cet alinéa prévoit que de tels aquifères ne devraient pas être utilisés à un niveau susceptible de les empêcher de continuer à fonctionner efficacement.

²⁹ Voir la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 118.

6) Le paragraphe 2 de l'article 5, comparable, de la Convention sur les cours d'eau de 1997 prévoit un autre principe de participation équitable et raisonnable³⁰ des États du cours d'eau, qui recouvre à la fois le droit d'utiliser le cours d'eau et le devoir de coopérer à sa protection et à sa mise en valeur. Ce principe n'a pas été retenu ici, car c'est sur lui que reposent fondamentalement les dispositions relatives à la coopération internationale qui seront formulées dans les projets d'articles suivants³¹.

Article 5

Facteurs pertinents pour une utilisation équitable et raisonnable

1. L'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière de manière équitable et raisonnable, au sens du projet d'article 4, implique la prise en considération de tous les facteurs pertinents, notamment:

- a) La population tributaire de l'aquifère ou du système aquifère dans chaque État de l'aquifère;
- b) Les besoins économiques, sociaux et autres, présents et futurs, des États de l'aquifère concernés;
- c) Les caractéristiques naturelles de l'aquifère ou du système aquifère;
- d) La contribution à la formation et à l'alimentation de l'aquifère ou du système aquifère;
- e) L'utilisation actuelle et potentielle de l'aquifère ou du système aquifère;
- f) Les effets réels et potentiels de l'utilisation de l'aquifère ou du système aquifère dans un État de l'aquifère sur d'autres États de l'aquifère concernés;
- g) L'existence d'autres solutions pour remplacer une utilisation particulière actuelle ou projetée de l'aquifère ou du système aquifère;
- h) La mise en valeur, la protection et la conservation de l'aquifère ou du système aquifère et le coût des mesures à prendre à cet effet;
- i) Le rôle de l'aquifère ou du système aquifère dans l'écosystème qui en relève.

2. Le poids à accorder à chaque facteur doit être déterminé en fonction de son importance pour l'aquifère ou le système aquifère transfrontière, par rapport à celle des autres facteurs pertinents. Pour déterminer ce qui est une utilisation équitable et raisonnable, il faut que tous les facteurs pertinents soient considérés ensemble et

³⁰ Voir les paragraphes 5) et 6) du commentaire sur l'article 5 de la Convention sur les cours d'eau de 1997; *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), p. 103.

³¹ Projets d'articles 7 à 16.

qu'une conclusion soit tirée sur la base de tous ces facteurs. Toutefois, pour évaluer les différents types d'utilisation d'un aquifère ou système aquifère transfrontière, il faut particulièrement tenir compte des besoins humains vitaux.

Commentaire

1) Le projet d'article 5 énumère les facteurs à prendre en considération pour déterminer s'il y a utilisation équitable et raisonnable, au sens du projet d'article 4. Il n'est pas facile d'organiser les facteurs de façon à distinguer ceux qui s'appliquent à une «utilisation équitable» de ceux qui s'appliquent à une «utilisation raisonnable». Dans certains cas, ces facteurs s'appliquent aux deux types d'utilisation. Ces alinéas ont toutefois été disposés de sorte à parvenir à une cohérence et à une logique internes sans établir aucun ordre de priorité, sauf dans la mesure prévue au paragraphe 2 du présent projet d'article. Ces «facteurs» comprennent des «circonstances». Les règles de l'utilisation équitable et raisonnable sont nécessairement générales et souples et exigent, pour être correctement appliquées, que les États de l'aquifère tiennent compte des circonstances et facteurs concrets afférant aux ressources ainsi que des besoins des États de l'aquifère concernés. Ce qu'est une utilisation équitable et raisonnable dans tel ou tel cas dépendra du poids à accorder à tous les facteurs et circonstances pertinents. Ce projet d'article reprend à peu de choses près l'article 6 de la Convention sur les cours d'eau de 1997.

2) L'alinéa *c* mentionne les «caractéristiques naturelles», au lieu d'énumérer les facteurs naturels qui caractérisent les aquifères comme dans la Convention sur les cours d'eau de 1997. Cela s'explique parce qu'il convient de tenir compte des facteurs naturels non pas un par un mais en tant que caractéristiques propres aux aquifères. Ces caractéristiques naturelles sont les caractéristiques physiques qui définissent et distinguent l'aquifère considéré. Si l'on suit une approche systémique, on peut distinguer trois catégories de caractéristiques naturelles: les variables d'entrée, les variables de sortie et les variables de système. Les variables d'entrée sont liées à la réalimentation des eaux souterraines par les précipitations, les eaux fluviales et les lacs. Les variables de sortie sont liées au déversement des eaux souterraines dans les sources et cours d'eau. Les variables de système ont trait à la conductivité (la perméabilité) de l'aquifère et à son aptitude au stockage, qui décrivent l'état du système. Ce sont des caractéristiques de distribution de niveau des eaux souterraines et des caractéristiques de l'eau comme la température, la dureté, le pH (acidité et alcalinité), l'électroconductivité et la teneur totale en sels dissous. Prises ensemble, les trois catégories de variables décrivent les caractéristiques de l'aquifère sur les plans quantitatif, qualitatif et dynamique. En fait, ces caractéristiques

sont identiques à celles qui sont indiquées au paragraphe 1 du projet d'article 8, relatif à l'échange régulier de données et informations.

3) L'alinéa *g* porte sur le point de savoir s'il existe d'autres solutions pour remplacer une utilisation particulière, projetée ou actuelle, d'un aquifère. En pratique, une solution de rechange consisterait en une autre source d'approvisionnement en eau, et les facteurs prépondérants seraient une possibilité théorique et pratique et un rapport coût-efficacité comparables à ceux de l'utilisation projetée ou en cours de l'aquifère. Pour chacune des solutions de rechange, il faut procéder à une analyse de coûts-avantages. Outre la faisabilité et la durabilité, leur viabilité jouerait un rôle important dans l'analyse. Une solution de rechange durable pourrait, par exemple, être considérée comme préférable du point de vue du taux de réalimentation de l'aquifère et du taux de déversement, mais comme moins viable qu'une formule d'épuisement maîtrisé.

4) Aux alinéas *d* et *i* figurent des facteurs qui viennent s'ajouter à ceux qui sont énumérés dans la Convention sur les cours d'eau de 1997. La contribution à la formation et à l'alimentation de l'aquifère ou du système aquifère de l'alinéa *d* correspond à l'ampleur relative de l'aquifère dans chacun des États de l'aquifère et à l'importance relative du processus de réalimentation dans chacun des États abritant la zone de réalimentation. Peut-être l'alinéa *i* ne semble-t-il pas se couler parfaitement dans la catégorie des facteurs. Par «rôle», il faut comprendre les diverses fonctions que l'on fait remplir intentionnellement à un aquifère dans un écosystème correspondant. Cela pourrait être une considération à retenir, surtout dans les régions arides. Le terme «écosystème» s'emploie dans des sens différents au sein de la communauté scientifique. Il faut rapprocher l'expression «écosystème qui en relève» des «écosystèmes» visés au projet d'article 10. Cette disposition renvoie à un écosystème tributaire d'aquifères ou des eaux souterraines emmagasinées dans des aquifères. Un tel écosystème peut exister à l'intérieur d'aquifères tels que les aquifères karstiques et être tributaire de leur fonctionnement pour sa propre survie. Il peut aussi exister en dehors d'un aquifère mais en être tributaire pour un certain volume ou une certaine qualité d'eaux souterraines. Dans certains lacs, par exemple, un écosystème est tributaire des aquifères. Il peut y avoir un système d'écoulement des eaux souterraines complexe associé à un lac. Certains lacs reçoivent des apports d'eaux souterraines sur la totalité de leur lit. D'autres subissent des pertes par infiltration dans l'aquifère sur la totalité de leur lit. D'autres encore reçoivent des apports d'eaux souterraines par une partie de leur lit et subissent des pertes d'infiltration au profit

des aquifères par d'autres parties. L'abaissement du niveau de l'eau des lacs par suite du pompage d'eaux souterraines peut porter atteinte aux écosystèmes que les lacs entretiennent. La réduction des déversements d'eaux souterraines dans le lac a une incidence significative sur l'apport de produits chimiques dissous, même dans les cas où ils représentent une faible partie du bilan hydrique du lac, et risque d'aboutir à une altération d'éléments constitutifs clefs de ce lac, comme les nutriments et l'oxygène dissous.

5) Le paragraphe 2 précise que, lorsque l'on détermine ce qu'est une utilisation équitable et raisonnable, tous les facteurs pertinents doivent être considérés ensemble et que la conclusion doit être tirée sur la base de la totalité d'entre eux. Il n'en reste pas moins que le poids à accorder aux différents facteurs, ainsi que leur pertinence, varie nécessairement selon les circonstances. Cependant, en soupesant les différents types d'utilisation, une attention particulière devra être accordée aux besoins humains fondamentaux. Il convient de rappeler qu'au cours de l'élaboration de la Convention sur les cours d'eau de 1997, le Groupe de travail plénier a relevé cette déclaration interprétative: «pour déterminer les “besoins humains vitaux” il faut accorder une attention spéciale à la nécessité de fournir de l'eau en quantité suffisante pour la vie humaine, qu'il s'agisse d'eau de boisson ou d'eau destinée à la production des aliments voulus pour empêcher la famine»³².

Article 6

Obligation de ne pas causer de dommage significatif

1. Lorsqu'ils utilisent les aquifères ou systèmes aquifères situés sur leur territoire, les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir un dommage significatif aux autres États de l'aquifère ou à d'autres États sur le territoire desquels est située une zone de déversement.

2. Lorsqu'ils mènent des activités autres que l'utilisation d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière qui ont, ou peuvent avoir, un impact sur cet aquifère ou ce système aquifère transfrontière, les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour prévenir un dommage significatif, au travers dudit aquifère ou système aquifère, aux autres États de l'aquifère ou aux autres États sur le territoire desquels une zone de déversement est située.

³² Rapport de la Sixième Commission réunie en Groupe de travail plénier, document publié sous la cote A/51/869, daté du 11 avril 1997, par. 8.

3. Lorsqu'un dommage significatif est néanmoins causé à un autre État de l'aquifère ou à un autre État sur le territoire duquel est située une zone de déversement, l'État de l'aquifère dont les activités ont causé ce dommage prennent, en consultation avec l'État qui le subit, toutes les mesures d'intervention appropriées pour l'éliminer ou l'atténuer en tenant dûment compte des dispositions des projets d'articles 4 et 5.

Commentaire

1) Venant en complément de l'article 4, le projet d'article 6 traite d'un autre principe fondamental pour les États de l'aquifère. Il vise les questions que posent le dommage significatif causé par l'utilisation et le dommage significatif causé par les activités autres que l'utilisation envisagés au projet d'article premier, ainsi que les questions d'élimination et d'atténuation du dommage significatif survenu bien que la diligence voulue ait été exercée pour l'empêcher. Ces aspects sont traités aux paragraphes 1, 2 et 3, respectivement. Hormis les États de l'aquifère, il est aussi très vraisemblable que l'État sur le territoire duquel est située une zone de déversement de l'aquifère transfrontière soit touché par les circonstances envisagées dans ce projet d'article. C'est pourquoi la portée de ce projet d'article a été étendue aux autres États de ce type.

2) L'adage latin *Sic utere tuo ut alienum non laedas* (Use de ton propre bien de manière à ne pas porter atteinte au bien d'autrui) est le principe établi de la responsabilité internationale. L'obligation que renferme ce projet d'article est celle de «prendre toutes les mesures appropriées». Dans le cas du paragraphe 1, il est implicite que le dommage est causé aux autres États par l'intermédiaire de l'aquifère transfrontière. Dans le cas du paragraphe 2, il est expressément marqué que le projet d'article ne s'applique qu'au dommage qui serait causé aux autres États «au travers dudit aquifère ou système aquifère».

3) Sur la question du seuil du dommage «significatif», dans ses travaux antérieurs, la Commission avait interprété cette expression comme signifiant un dommage plus que «détectable» mais pas nécessairement «grave» ni «considérable»³³. Le seuil du «dommage significatif» est une notion souple et relative. Ce sont des considérations factuelles, plutôt

³³ Voir par exemple les commentaires afférents aux projets d'articles sur le droit relatif aux utilisations des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation, *Annuaire ... 1994*, vol. II (deuxième partie), par. 222; les commentaires afférents aux projets d'articles sur la prévention des dommages transfrontières résultant d'activités dangereuses, *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), par. 98; et aux projets de principes sur la répartition des pertes en cas de dommage transfrontière découlant d'activités dangereuses, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 67.

qu'une détermination juridique, qui doivent être prises en compte dans chaque cas particulier, en ayant aussi dans ce cas présente à l'esprit la fragilité des aquifères.

4) Le paragraphe 3 a trait à l'éventualité d'un dommage significatif qui se produit même si toutes les mesures appropriées ont été prises par les États de l'aquifère. La mention des «activités», dans ce paragraphe, recouvre à la fois «l'utilisation» et les «autres activités» des paragraphes 1 et 2, visées au projet d'article premier. Cette éventualité est possible parce que de telles activités risquent de causer un dommage et qu'un tel risque ne peut pas être éliminé. Parmi les mesures d'intervention appropriées que doivent prendre les États de l'aquifère figurent aussi des mesures de remise en état.

5) Le projet d'article 6 est muet sur la question des réparations dans des circonstances où un dommage significatif s'est produit malgré tous les efforts faits pour l'empêcher. Il est entendu que la question des réparations est un domaine qui sera régi par d'autres règles de droit international, par exemple celles relatives à la responsabilité de l'État ou à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international et ne nécessitent pas un traitement spécialisé dans le présent projet d'articles.

Article 7

Obligation générale de coopérer

1. Les États de l'aquifère coopèrent sur la base de l'égalité souveraine, de l'intégrité territoriale, du développement durable, de l'avantage mutuel et de la bonne foi en vue de parvenir à une utilisation équitable et raisonnable et à une protection appropriée de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières.
2. Aux fins du paragraphe 1, les États de l'aquifère devraient établir des mécanismes conjoints de coopération.

Commentaire

1) Le projet d'article 7 pose le principe d'une obligation générale des États de l'aquifère de coopérer et envisage des procédures aux fins de cette coopération. La coopération entre États de l'aquifère est la condition préalable du partage des ressources naturelles et ce projet d'article a pour fonction de fournir une toile de fond à l'application des dispositions relatives à des formes spécifiques de coopération, par exemple l'échange périodique de données et d'informations, ainsi que la protection, la préservation et la gestion. L'importance de l'obligation de coopérer est indiquée dans le Principe 24 de la

Déclaration de Stockholm sur l'environnement (1972). Son importance dans le cas du présent sujet a été confirmée en 1977 dans le Plan d'action de Mar del Plata, issu de la Conférence des Nations Unies sur l'eau, et en 1992, au chapitre 18, intitulé «Protection des ressources en eau douce et de leur qualité: application d'approches intégrées de la mise en valeur, de la gestion et de l'utilisation des ressources en eau», du programme Action 21 adopté à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement. Divers instruments internationaux relatifs aux eaux de surface et aux eaux souterraines exigent une coopération entre les parties pour la protection, la préservation et la gestion des aquifères transfrontières³⁴.

2) Le paragraphe 1 définit les bases et les objectifs de cette coopération et reprend pour l'essentiel le texte de l'article 8 de la Convention sur les cours d'eau de 1997. Les principes de l'«égalité souveraine» et de l'«intégrité territoriale» sont mis en avant comme étant à la base de cette coopération. Le principe du «développement durable» a été retenu comme principe général à prendre aussi en considération. Ce terme désigne le principe général du développement durable, et il convient de le distinguer de la notion d'«utilisation durable»³⁵.

3) Le paragraphe 2 envisage l'établissement de «mécanismes conjoints de coopération», ce qui renvoie à des instruments de décision mutuellement acceptables entre États de l'aquifère. Ceci n'exclut pas la possibilité d'utiliser les mécanismes existants. En pratique, cela signifie la création, par les États de l'aquifère concernés, d'une commission, autorité ou autre institution pour remplir une mission spécifiée. Les différents types de coopération peuvent comprendre un échange d'informations et de bases de données, le fait d'assurer la compatibilité de ces bases de données, une communication coordonnée, un système de contrôle, d'alerte précoce et d'alarme, des activités de gestion ainsi que de recherche-développement. Ce serait à ces États de fixer les compétences d'un tel organe. Un tel mécanisme serait aussi utile pour éviter les différends entre États de l'aquifère.

³⁴ Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est relatif à la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985), Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992), Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (1999), Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (1994), Convention pour la protection du Rhin (1999), Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003), Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates (2003), Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003) et Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003).

³⁵ Voir le paragraphe 4) du commentaire relatif au projet d'article 4.

4) L'Europe a une longue histoire de commissions internationales des cours d'eau telles la Commission internationale pour la protection du Rhin, la Commission Maas, la Commission du Danube, et bien d'autres. Au sein de ces commissions, ou en étroite coopération avec elles, fonctionnent des commissions transfrontalières bilatérales, comme la Commission transfrontalière germano-néerlandaise permanente sur l'eau. Les commissions existantes s'occupent avant tout des eaux superficielles. La Directive-cadre de l'UE sur l'eau (2000/60/CE)³⁶ est mise en œuvre essentiellement par l'intermédiaire de commissions de délimitation et de surveillance. Ces commissions seront également de plus en plus souvent chargées de la gestion des aquifères transfrontières³⁷. Dans d'autres régions du monde, on s'attend aussi à voir les organisations régionales intervenir en faveur de l'établissement de mécanismes semblables à ces commissions mixtes³⁸. On notera d'ailleurs qu'il existe des mécanismes établis par les administrations locales le long des frontières, par exemple la Commission franco-suisse de l'aquifère genevois, créée par le canton de Genève et la préfecture de Haute-Savoie (1996).

Article 8

Échange continu de données et informations

1. En application du projet d'article 7, les États de l'aquifère échangent régulièrement des données et informations facilement accessibles sur l'état de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, en particulier celles qui sont d'ordre géologique, hydrogéologique, hydrologique, météorologique et écologique et celles qui concernent l'hydrochimie des aquifères ou systèmes aquifères, ainsi que les prévisions qui s'y rapportent.

2. Lorsque les connaissances sur la nature et l'étendue d'un aquifère ou système aquifère transfrontière sont insuffisantes, les États de l'aquifère concernés s'emploient de leur mieux à collecter et à produire des données et informations plus complètes au sujet de l'aquifère ou du système aquifère en question, compte tenu des pratiques et règles existantes. Ces États prennent de telles mesures individuellement ou conjointement et, le cas échéant, avec la coopération d'organisations internationales ou par leur entremise.

³⁶ La directive 2000/60/CE du Parlement européen et du Conseil établissant un cadre pour une politique communautaire dans le domaine de l'eau a été adoptée en octobre 2000.

³⁷ La Directive-cadre de l'UE sur l'eau fait obligation aux États membres de mettre en place un plan de gestion. Voir également les directives 2 et 8 des *Guidelines on Monitoring and Assessment of Transboundary Groundwaters*, de la Commission économique pour l'Europe (2000). Voir également la Directive 2006/118/CE du Parlement européen et du Conseil sur la protection des eaux souterraines contre la pollution et la détérioration (Directive fille sur la protection des eaux souterraines contre la pollution).

³⁸ Union africaine: art. VII – Eau, par. 3 de la Convention africaine pour la conservation de la nature et des ressources naturelles (Maputo, 11 juillet 2003) et Communauté de développement de l'Afrique australe: art. 5 – Cadre institutionnel pour la mise en œuvre du Protocole révisé sur les réseaux hydrographiques partagés dans la Communauté de développement de l'Afrique australe (Windhoek, 7 août 2000).

3. Si un État de l'aquifère se voit demander, par un autre État de l'aquifère, de fournir des données et informations relatives à un aquifère ou un système aquifère qui ne sont pas facilement accessibles, il s'emploie de son mieux à satisfaire à cette demande. L'État auquel la demande est adressée peut poser comme condition le paiement par l'État demandeur des frais raisonnablement exposés pour la collecte et, le cas échéant, le traitement de ces données ou informations.

4. Les États de l'aquifère s'emploient de leur mieux, le cas échéant, à collecter et à traiter les données et informations d'une manière propre à en faciliter l'utilisation par les autres États de l'aquifère auxquels elles sont communiquées.

Commentaire

1) L'échange régulier de données et d'informations est la première étape de la coopération entre États de l'aquifère. Le texte de l'article 9 de la Convention sur les cours d'eau de 1997 a été revu pour correspondre aux caractéristiques particulières des aquifères. Il énonce les conditions générales et minimales prescrites pour l'échange entre les États de l'aquifère des données et informations nécessaires pour assurer l'utilisation équitable et raisonnable des aquifères transfrontières. Les États de l'aquifère ont besoin de données et informations sur l'état de l'aquifère considéré pour appliquer le projet d'article 5, qui leur demande de tenir compte de «tous les facteurs pertinents» et circonstances pertinentes pour s'acquitter de l'obligation d'une utilisation équitable et raisonnable posée par le projet d'article 4. Les règles que renferme le projet d'article 8 sont supplétives. Elles s'appliquent en l'absence de réglementation expressément arrêtée de la question et sans préjudice de celle qui serait établie par l'arrangement conclu entre les États concernés pour l'aquifère transfrontière considéré. De fait, les États de l'aquifère ont manifestement besoin de conclure de tels accords entre eux en vue de prévoir, entre autres choses, la collecte et l'échange de données et d'informations en fonction des caractéristiques de cet aquifère.

2) La prescription du paragraphe 1 exigeant que des données et informations soient régulièrement échangées est destinée à faire en sorte que les États de l'aquifère connaissent les faits requis pour pouvoir s'acquitter des obligations que leur imposent les projets d'articles 4, 5 et 6. Pour cet échange «régulier», le paragraphe 1 prévoit un processus permanent et systématique, par opposition à la fourniture ponctuelle d'informations comme celles qui concernent les activités projetées, envisagée par le projet d'article 15. Il veut que les États de l'aquifère échangent des données et informations qui sont «facilement accessibles». Cette expression sert ici à indiquer que l'État de l'aquifère n'est tenu de fournir, à titre d'obligation générale, que les données et informations dont il

peut aisément disposer, parce qu'il les a déjà recueillies pour son propre usage ou qu'elles sont facilement accessibles, par exemple. Que des données et informations soient «facilement» accessibles dans tel ou tel cas d'espèce dépend d'une évaluation objective de facteurs tels que les efforts et le coût qu'entraînerait leur communication, compte tenu des ressources humaines, techniques, financières et autres requises de l'État de l'aquifère auquel elles seraient demandées. Le terme «facilement», tel qu'il est employé aux paragraphes 1 et 3, est donc en quelque sorte un terme technique, dont le sens correspond *grosso modo* à l'expression «à la lumière de toutes les circonstances pertinentes», ou au mot «faisable», plutôt qu'à «rationnellement» ou «logiquement», par exemple. L'importance de l'échange de données et informations est indiquée dans toutes sortes d'accords très divers³⁹.

3) Au paragraphe 1, le membre de phrase «en particulier celles qui sont d'ordre géologique, hydrogéologique, hydrologique, météorologique et écologique et celles qui concernent l'hydrochimie de l'aquifère ou du système aquifère» se rapporte aux données et informations qui définissent et distinguent les caractéristiques de l'aquifère. La «géologie» décrit l'âge, la composition et la structure de la matrice de l'aquifère. «L'hydrogéologie» indique l'aptitude de l'aquifère à emmagasiner, transmettre et déverser des eaux souterraines. «L'hydrologie» décrit les éléments du cycle de l'eau autres que les eaux souterraines, et au premier chef les précipitations et les eaux superficielles, qui sont importants pour la réalimentation de l'aquifère, son régime, le stockage et le déversement. La précipitation efficace est la partie de la précipitation qui pénètre dans l'aquifère. En d'autres termes, c'est la précipitation totale diminuée de l'évaporation, de l'écoulement superficiel et de la végétation. La «météorologie» fournit des données sur les précipitations, la température et l'humidité, qui sont nécessaires pour calculer l'évaporation, «l'écologie» en donne sur les plantes, qui sont nécessaires pour calculer leur

³⁹ Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992), Programme en vue de l'élaboration d'une stratégie régionale pour l'utilisation du système aquifère gréseux nubien (2000), Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates (2003), Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003), Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (1994), Accord tripartite provisoire entre la République du Mozambique, la République d'Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l'utilisation durable des eaux de l'Incomati et du Maputo (2002), Accord-cadre international sur le bassin de la Save (2002), Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika, Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003), Accord supplémentaire modifiant l'Accord de 1978 entre le Canada et les États-Unis d'Amérique relatif à la qualité de l'eau dans les Grands Lacs (1983) et Accord de coopération pour la protection des eaux et l'aménagement hydraulique durable des bassins hydrographiques hispano-portugais (1998).

transpiration, et «l'hydrochimie», sur la composition chimique de l'eau, qui sont nécessaires pour définir la qualité de cette eau. Les États de l'aquifère sont tenus en vertu du paragraphe 1 d'échanger des données et informations non seulement sur l'état actuel de l'aquifère mais encore sur les prévisions y afférentes. Les prévisions envisagées auraient trait à des éléments tels que les situations météorologiques et leurs effets possibles sur les niveaux et l'écoulement de l'eau, le débit d'alimentation et de déversement, la formation prévisible de glace, les effets possibles à long terme de l'utilisation actuelle et l'état ou le déplacement des ressources biologiques. La prescription du paragraphe 1 s'applique même dans les cas relativement rares où un État de l'aquifère n'utilise pas, ou ne compte pas utiliser, l'aquifère transfrontière.

4) Le paragraphe 2 a été élaboré en ayant parfaitement conscience que l'on manque d'informations et de connaissances quant à la nature et à l'ampleur de certains aquifères. Les données et informations dont il est question dans ce projet d'article ont trait aux données et aux informations concernant l'état des aquifères. Ces données et informations comprennent non seulement des statistiques brutes mais aussi les résultats de recherches et analyses. Les données et informations concernant la surveillance, l'utilisation des aquifères, d'autres activités touchant les aquifères et leur impact sur les aquifères sont traitées dans les projets d'articles suivants. Il faut aussi encourager les États à faire l'inventaire de leurs aquifères. De nombreux États ignorent encore l'étendue, la qualité et le nombre de leurs aquifères.

5) Le paragraphe 3 a trait aux demandes de données ou d'informations qui ne sont pas aisément disponibles dans l'État auquel elles sont demandées. En pareils cas, l'État en question doit «s'employer de son mieux» à satisfaire cette demande. C'est agir de bonne foi et dans un esprit de coopération que de tâcher de communiquer les données ou informations recherchées par l'État de l'aquifère qui les demande. À défaut d'accord contraire, les États de l'aquifère ne sont pas tenus de traiter les données et les informations qui doivent être échangées. En vertu du paragraphe 3, toutefois, ils doivent faire de leur mieux pour répondre à la demande qui leur est adressée, mais ils peuvent en subordonner l'exécution au paiement par l'État demandeur des frais raisonnables de la collecte et, s'il y a lieu, du traitement de ces données. L'expression «le cas échéant» sert à ménager une certaine souplesse, qui est nécessaire pour plusieurs raisons. Dans certains cas, il ne sera sans doute pas nécessaire de traiter les données et informations pour les rendre utilisables par un autre État. Dans d'autres, un traitement s'imposera pour faire en sorte que ces

matériaux puissent être utilisés par d'autres États, mais cela risque d'entraîner une charge trop lourde pour l'État qui les fournit.

6) Pour que les données et informations soient utiles en pratique aux États de l'aquifère, il faut qu'elles se présentent sous une forme qui les rende aisément utilisables. C'est pourquoi le paragraphe 4 exige des États de l'aquifère qu'ils «s'emploient de leur mieux [...] à collecter et à traiter les données et informations d'une manière propre à en faciliter l'utilisation» par les autres États de l'aquifère. Un effort collectif devrait être fait pour intégrer et rendre compatibles, chaque fois que possible, les bases de données et informations existantes.

Article 9

Accords et arrangements bilatéraux et régionaux

Aux fins de la gestion d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière particulier, les États de l'aquifère sont encouragés à conclure entre eux des accords ou arrangements bilatéraux ou régionaux. De tels accords ou arrangements peuvent être conclus pour tout ou partie d'un aquifère ou d'un système aquifère, ou pour un projet ou un programme particulier ou une utilisation particulière, sauf dans la mesure où ils portent atteinte, de façon significative, à l'utilisation de l'eau de l'aquifère ou du système aquifère par un ou plusieurs autres États de l'aquifère, sans le consentement exprès de ces États.

Commentaire

1) Il faut souligner l'importance que revêtent les accords et arrangements bilatéraux ou régionaux qui tiennent dûment compte des caractéristiques historiques, politiques, sociales et économiques de la région et de l'aquifère transfrontière considéré. C'est pourquoi ce projet d'article a été placé dans la deuxième partie, traitant des principes généraux. La première phrase de ce projet d'article appelle les États de l'aquifère à coopérer et les encourage à conclure des accords ou arrangements bilatéraux ou régionaux pour les besoins de la gestion de l'aquifère transfrontière considéré. L'idée de réserver la question au groupe des États de l'aquifère concernés repose sur des principes qui sont énoncés dans la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer⁴⁰. Elle correspond aussi aux «accords de cours d'eau» prévus à l'article 3 de la Convention sur les cours d'eau de 1997. Dans le cas des eaux de surface, de très nombreux accords bilatéraux et régionaux ont été conclus. Dans celui des aquifères, les mesures collectives internationales en sont encore au

⁴⁰ Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 118 (Coopération des États à la conservation et à la gestion des ressources biologiques en haute mer) et art. 197 (Coopération au plan mondial ou régional).

stade embryonnaire, et il reste à définir correctement le cadre de cette coopération. C'est pourquoi le terme «arrangements» a été utilisé en sus du terme «accords».

2) Ce projet d'article prévoit aussi que les États concernés devraient avoir des chances égales de participer à de tels accords ou arrangements. De tels accords ou arrangements peuvent être passés pour tout ou partie d'un aquifère ou système aquifère ou pour un projet ou programme particulier ou pour une utilisation particulière. Lorsque l'accord ou l'arrangement porte sur la totalité de l'aquifère ou du système aquifère, il est probable que tous les États de l'aquifère qui partagent le même aquifère ou système aquifère y seront parties, sauf dans quelques rares cas. En revanche, si l'accord ou l'arrangement vise une partie quelconque de l'aquifère ou du système aquifère ou un projet particulier, il ne réunira que quelques États de l'aquifère partageant le même aquifère. En tout état de cause, la seconde phrase oblige les États de l'aquifère à ne pas conclure d'accords ou arrangements qui porteraient atteinte, de façon significative, à la position des États de l'aquifère exclus sans le consentement exprès de ces derniers. Elle n'entend pas conférer un pouvoir de veto à ces autres États. La détermination des atteintes significatives aux États de l'aquifère exclus ne devra être faite qu'au cas par cas.

TROISIÈME PARTIE

PROTECTION, PRÉSERVATION ET GESTION

Article 10

Protection et préservation des écosystèmes

Les États de l'aquifère prennent toutes les mesures appropriées pour protéger et préserver les écosystèmes qui sont situés à l'intérieur, ou sont tributaires, de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, notamment des mesures pour veiller à ce que la qualité et la quantité de l'eau qui est contenue dans un aquifère ou un système aquifère, ainsi que de l'eau qui s'écoule par ses zones de déversement, soient suffisantes pour protéger et préserver ces écosystèmes.

Commentaire

1) Le projet d'article 10 introduit la troisième partie en posant une obligation générale de protéger et de préserver les écosystèmes qui se trouvent à l'intérieur d'un aquifère transfrontière, mais aussi les écosystèmes extérieurs qui en sont tributaires, en veillant à ce que l'eau déversée soit d'une qualité adéquate et présente en quantité suffisante. À l'instar de l'article 192 de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer et de l'article 20 de la Convention sur les cours d'eau de 1997, le projet d'article 10 prévoit une double

obligation, de protection et de préservation, à l'endroit des «écosystèmes» situés à l'intérieur et à l'extérieur des aquifères transfrontières. Par «écosystème» on entend en général une unité écologique constituée de composantes biologiques et non vivantes qui sont interdépendantes et fonctionnent comme une communauté. Un impact extérieur affectant l'une des composantes d'un écosystème peut provoquer des réactions parmi les autres composantes et risque de détruire l'équilibre de l'écosystème tout entier, ce qui aurait pour résultat de brider ou de détruire l'aptitude d'un écosystème à fonctionner comme système d'entretien de la vie.

2) Il y a des différences certaines entre les modalités de protection et de préservation selon qu'il s'agit d'un écosystème situé à l'intérieur de l'aquifère ou d'un écosystème extérieur qui en est tributaire. La protection et la préservation des écosystèmes aquatiques permettent d'en assurer en permanence la viabilité comme système d'entretien de la vie. La protection et la préservation de la qualité et de la quantité des eaux de déversement ont une grande influence sur les écosystèmes extérieurs tels que les oasis et les lacs. La protection et la préservation des écosystèmes dans les zones de réalimentation et de déversement par les États qui ne sont pas des États de l'aquifère doivent être régies par le paragraphe 2 du projet d'article 11.

3) L'obligation de «protéger» les écosystèmes consiste pour les États de l'aquifère à mettre ceux-ci à l'abri des atteintes ou dommages. L'obligation de les «préserver» vaut en particulier pour les écosystèmes à l'état naturel vierges de toute pollution ou dégradation et commande de les traiter de manière à les maintenir, autant que possible, dans leur état naturel. Prises ensemble, la protection et la préservation des écosystèmes aquatiques permettent d'en assurer en permanence la viabilité comme système d'entretien de la vie.

4) L'obligation des États de prendre «toutes les mesures appropriées» est limitée à la protection des écosystèmes concernés. Cela leur laisse davantage de souplesse pour assumer les responsabilités qui leur incombent en vertu de cette disposition. Il a été noté, en particulier, qu'il peut y avoir des cas où il est justifié de modifier un écosystème de manière appréciable pour d'autres considérations, et notamment l'usage projeté de l'aquifère conformément au projet d'articles.

5) L'obligation énoncée dans le projet d'article 10 ne manque pas de précédents dans la pratique des États et les travaux des organisations internationales. L'Accord de l'Association des nations de l'Asie du Sud-Est sur la conservation de la nature et des

ressources naturelles (1985) prévoit l'obligation d'assurer la conservation des espèces et des écosystèmes et celle des processus écologiques⁴¹. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992) énonce l'obligation d'«assurer la conservation et, si nécessaire, la remise en état des écosystèmes». Le Protocole sur l'eau et la santé à cette convention (Protocole de Londres, 1999) prévoit l'obligation de prendre «toutes les mesures appropriées pour assurer ... une protection efficace des ressources en eau utilisées pour l'approvisionnement en eau potable et des écosystèmes aquatiques correspondants contre la pollution due à d'autres causes». Aux termes de l'Accord tripartite provisoire entre la République du Mozambique, la République d'Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l'utilisation durable des ressources en eau de l'Incomati et du Maputo (2002), «les Parties, séparément et, s'il y a lieu, conjointement, prennent toutes les mesures nécessaires à la protection et à la préservation des écosystèmes de l'Incomati et du Maputo». Enfin, le Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003) pose l'obligation de prendre, séparément ou conjointement et, s'il y a lieu, avec la participation de toutes les parties prenantes, toutes les mesures appropriées pour protéger, conserver et, au besoin, restaurer le bassin et ses écosystèmes.

Article 11

Zones de réalimentation et de déversement

1. Les États de l'aquifère identifient les zones de réalimentation et de déversement des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières situés sur leur territoire. Ils prennent des mesures appropriées pour prévenir et réduire à un minimum les conséquences préjudiciables que peuvent subir les processus de réalimentation et de déversement.
2. Tous les États sur le territoire desquels est située tout ou partie d'une zone de réalimentation ou de déversement d'un aquifère ou système aquifère, et qui ne sont pas des États de l'aquifère à l'égard de cet aquifère ou de ce système aquifère, coopèrent avec les États de l'aquifère pour protéger ledit aquifère ou système aquifère et les écosystèmes qui en relèvent.

⁴¹ Accord de l'ASEAN relatif à la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985).

Commentaire

1) Les experts des eaux souterraines expliquent que les mesures à prendre pour assurer la protection et la préservation des zones de réalimentation et de déversement sont importantes si l'on veut garantir le bon fonctionnement d'un aquifère. Le maintien d'un processus normal de réalimentation ou de déversement est d'une importance déterminante pour le fonctionnement approprié des aquifères. Suivant la définition de «l'aquifère» formulée à l'alinéa *a* du projet d'article 2, les zones de réalimentation ou de déversement se trouvent en dehors des aquifères, et c'est pourquoi il faut un projet d'article distinct pour les réglementer. Le paragraphe 1 prévoit les obligations des États de l'aquifère en ce qui concerne la protection des zones de réalimentation et de déversement de leur aquifère transfrontière. Il y a deux étapes pour s'acquitter de ces obligations. La première est l'obligation d'identifier les zones de réalimentation ou de déversement et la seconde est de prendre des mesures appropriées pour empêcher et/ou réduire au minimum les effets préjudiciables sur le processus de réalimentation et de déversement. Une fois les zones de réalimentation et de déversement identifiées, et pour autant qu'elles se trouvent situées sur leur territoire, les États de l'aquifère concernés sont tenus de prendre des mesures appropriées pour réduire le plus possible les conséquences préjudiciables dont les processus de réalimentation et de déversement peuvent pâtir. Ces mesures jouent un rôle décisif aux fins de la protection et de la préservation de l'aquifère. Il est à noter qu'il est d'une importance capitale de prendre toutes les mesures dans les zones de réalimentation pour empêcher les polluants de pénétrer dans l'aquifère. Toutefois, l'obligation de protéger la zone de réalimentation pour empêcher la pollution des aquifères est examinée dans le contexte du projet d'article 12, précisément consacré à la pollution.

2) Le paragraphe 2 vise le cas où la zone de réalimentation ou de déversement de tel ou tel aquifère transfrontière est située dans un État autre que les États de l'aquifère qui partagent l'aquifère transfrontière en question. Vu l'importance du mécanisme de réalimentation et de déversement, les États autres que les États de l'aquifère sur le territoire desquels est située une zone de réalimentation ou de déversement sont tenus de coopérer avec les États de l'aquifère pour protéger l'aquifère et l'écosystème qui en relève. Il convient de rappeler à cet égard que les États de l'aquifère sont eux-mêmes tenus de l'obligation générale de coopérer en vertu du projet d'article 7.

Article 12

Prévention, réduction et maîtrise de la pollution

Les États de l'aquifère, individuellement et, s'il y a lieu, conjointement, préviennent, réduisent et maîtrisent la pollution de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières, y compris dans le cadre du processus de déversement, lorsqu'une telle pollution est susceptible de causer des dommages significatifs à d'autres États de l'aquifère. Les États de l'aquifère adoptent une approche de précaution en cas d'incertitude quant à la nature et à l'étendue d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière, et quant à sa vulnérabilité à la pollution.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 12 énonce l'obligation générale, pour les États de l'aquifère, de prévenir, réduire et maîtriser la pollution de leurs aquifères transfrontières qui risque de causer des dommages significatifs à d'autres États de l'aquifère par l'intermédiaire de l'aquifère transfrontière et du milieu qui l'entoure. Le problème traité ici est en substance celui de la qualité de l'eau contenue dans l'aquifère. Cette disposition est un cas d'application particulière du principe général qui figure dans les projets d'articles 4 et 6.
- 2) Certains aquifères transfrontières sont déjà pollués à des degrés divers, d'autres ne le sont pas. Vu cet état de choses, le projet d'article 12 emploie la formule «préviennent, réduisent et maîtrisent» au sujet de la pollution. C'est l'expression employée dans la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer à propos de la pollution du milieu marin et dans la Convention sur les cours d'eau de 1997⁴². La situation est la même dans le cas du milieu marin et dans celui des cours d'eau internationaux. L'obligation de «prévenir» s'attache à une pollution nouvelle, les obligations de «réduire» et de «maîtriser» ayant trait à une pollution existante. Comme celle de «protéger» les écosystèmes prévue par le projet d'article 10, l'obligation de «prévenir ... la pollution ... susceptible de causer des dommages significatifs» recouvre le devoir de faire preuve de la diligence voulue pour prévenir le danger de tels dommages. Cette obligation est signifiée par les mots «susceptible de causer». La prescription faite aux États de l'aquifère de «réduire et maîtriser» la pollution existante correspond à la pratique des États. Exiger que la pollution existante qui cause un tel dommage soit immédiatement supprimée pourrait bien, dans certains cas, imposer une épreuve trop rude à l'État de l'aquifère à l'origine de

⁴² Voir par exemple la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 195 et 196 (Obligation de ne pas déplacer le préjudice ou les risques et de ne pas remplacer un type de pollution par un autre et Utilisation de techniques ou introduction d'espèces étrangères ou nouvelles, respectivement) et Convention sur les cours d'eau de 1997, art. 21 (Prévention, réduction et maîtrise de la pollution).

la pollution, surtout lorsque cela représenterait pour lui un sacrifice parfaitement disproportionné à l'avantage qu'en tirerait l'État de l'aquifère victime du dommage. D'un autre côté, si l'État d'origine de la pollution ne faisait pas preuve de la diligence voulue pour la ramener à des niveaux acceptables, l'État touché serait en droit de faire valoir que l'État d'origine a manqué à son obligation de le faire.

3) Ce projet d'article exige que les mesures en question soient prises «individuellement et, s'il y a lieu, conjointement». L'obligation de prendre des mesures concertées découle de certaines obligations générales figurant dans le projet d'article 7, en particulier son paragraphe 2.

4) Les obligations de prévention, réduction et maîtrise s'appliquent toutes à la pollution «susceptible de causer des dommages significatifs à d'autres États de l'aquifère». En deçà de ce seuil, la pollution ne tomberait pas sous le coup des dispositions du présent article, mais, le cas échéant, pourrait être couverte par le projet d'article 10.

5) La seconde phrase du présent article oblige les États de l'aquifère à adopter une «approche de précaution». Compte tenu de la fragilité des aquifères et de l'incertitude scientifique qui les entoure, une approche de précaution est nécessaire. La Commission sait bien que les avis divergent sur l'opposition entre «approche de précaution» et «principe de précaution». Elle a décidé de retenir l'expression «approche de précaution» car c'est la moins contestée, étant entendu que les deux notions aboutissent à des résultats similaires dans la pratique lorsqu'elles sont appliquées de bonne foi. Il est vrai qu'il existe plusieurs conventions ou traités régionaux dans lesquels le «principe de précaution» se trouve expressément mentionné⁴³. Quant aux traités ou conventions universels, ils

⁴³ Convention pour la protection du milieu marin dans l'Atlantique Nord-Est (Convention OSPAR de 1992), ILM, vol. 32 (1993), p. 1032, Convention sur la protection de l'environnement marin dans la région de la mer Baltique (1992), Bulletin du droit de la mer, n° 22 (1993), p. 54, Convention sur la protection du milieu marin et du littoral de la Méditerranée (PNUE, Selected Multilateral Treaties..., p. 448), modifiée en 1995, Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1936, p. 269, Traité instituant la Communauté européenne et Convention de Bamako sur l'interdiction d'importer en Afrique des déchets dangereux et sur le contrôle des mouvements transfrontières et la gestion des déchets dangereux produits en Afrique (Convention de Bamako, 1991), ILM, vol. 30 (1991), p. 773, Protocole sur l'eau et la santé à la Convention de 1992 sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Protocole de Londres, 1999), document de l'ONU publié sous la cote MP.WAT/2000/1, Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates (2003), document de l'ONU publié sous la cote ECE/CEP 104, Convention sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube (1994), O. J. L.342, 12 décembre 1997, p. 19, Convention pour la protection du Rhin (1999), O. J. L.289, 16 novembre 2000, p. 31, Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003), FAOLEX (base de données juridique en ligne de la FAO) et Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003), FAOLEX (base de données juridique en ligne de la FAO).

emploient différentes expressions, comme «approche de précaution» ou «mesures de précaution»⁴⁴.

Article 13

Surveillance

1. Les États de l'aquifère assurent la surveillance de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Ils s'acquittent, autant que possible, de cette surveillance conjointement avec les autres États de l'aquifère concernés et, s'il y a lieu, en collaboration avec les organisations internationales compétentes. Toutefois, lorsque les activités de surveillance ne peuvent pas être menées conjointement, les États de l'aquifère échangent entre eux les données recueillies.

2. Les États de l'aquifère utilisent des critères et une méthodologie convenus ou harmonisés pour assurer la surveillance de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Ils devraient déterminer les paramètres de base qu'ils surveilleront en se fondant sur un modèle conceptuel convenu des aquifères ou systèmes aquifères. Ces paramètres devraient comprendre les paramètres relatifs à l'état de l'aquifère ou du système aquifère visés au paragraphe 1 du projet d'article 8 de même que des paramètres relatifs à l'utilisation des aquifères ou systèmes aquifères.

Commentaire

1) Le projet d'article 13 s'applique aux États de l'aquifère et sert de précurseur au projet d'article 14 sur la gestion. La plupart des experts des eaux souterraines (scientifiques et administrateurs) insistent sur la surveillance, qu'ils jugent indispensable à la bonne gestion d'un aquifère transfrontière. En pratique, la surveillance est habituellement engagée individuellement par l'État concerné et dans bien des cas aussi par l'administration locale, avant de se transformer en action concertée avec les États voisins concernés. En tout état de cause, les experts s'accordent à reconnaître qu'en dernière analyse l'idéal est la surveillance conjointe reposant sur le modèle conceptuel de l'aquifère arrêté d'un commun accord. Lorsque les États de l'aquifère ne peuvent mener une action concertée, il importe qu'ils échangent les données produites par leurs activités de surveillance.

⁴⁴ À titre d'exemple, on trouve l'expression «approche de précaution» dans le Protocole de 1996 à la Convention sur la prévention de la pollution des mers résultant de l'immersion de déchets et autres matières (Protocole de Londres, 1996), ILM, vol. 36 (1997), p. 7, ainsi que dans l'Accord aux fins de l'application des dispositions de la Convention des Nations Unies sur le droit de la mer du 10 décembre 1982 relatives à la conservation et à la gestion des stocks de poissons dont les déplacements s'effectuent tant à l'intérieur qu'au-delà de zones économiques exclusives (stocks chevauchants) et des stocks de poissons grands migrateurs (1995), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 2167, p. 3. La Convention-cadre des Nations Unies sur les changements climatiques (1992), Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 1771, p. 107, prévoit pour sa part l'obligation de prendre des «mesures de précaution».

2) Le paragraphe 1 énonce l'obligation générale de surveiller et la séquence de telles activités de surveillance, conjointes ou individuelles. Les objectifs de la surveillance sont les suivants: a) clarifier l'état et l'utilisation d'un aquifère transfrontière déterminé en vue de prendre des mesures efficaces pour en assurer la protection, la préservation et la gestion; et b) le maintenir sous surveillance régulière en vue de se renseigner dès le début sur tout changement ou dommages qui se produiraient. La surveillance doit porter non seulement sur l'état de l'aquifère mais aussi sur l'utilisation de l'aquifère, par exemple sur le prélèvement et la réalimentation artificielle de l'eau. Une surveillance efficace grâce à la coopération internationale contribuera aussi à faire avancer les connaissances scientifiques sur les aquifères transfrontières. L'importance de la surveillance est très largement reconnue dans un grand nombre d'instruments internationaux, parmi lesquels la Charte pour la gestion des eaux souterraines (1989)⁴⁵ et les Principes directeurs applicables à la surveillance et à l'évaluation des eaux souterraines (2000)⁴⁶, tous deux établis par la Commission économique pour l'Europe, la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992), ou encore la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (Convention de Maputo, 2003).

3) Divers instruments internationaux prévoient la surveillance conjointe d'un aquifère transfrontière particulier. C'est le cas, par exemple, du Programme de mise en place d'une stratégie régionale pour l'utilisation du système aquifère gréseux nubien, qui date de 2000. L'un des accords passés pour l'exécution de ce programme s'intitule «Mandat concernant la surveillance et le partage des données»⁴⁷. La Convention-cadre sur la protection et le développement durable des Carpates (2003) prévoit aussi l'obligation de poursuivre des politiques visant à la conduite de programmes de surveillance conjoints ou complémentaires, y compris la surveillance systématique de l'état de l'environnement. La Convention de 1994 sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube prévoit non seulement l'obligation d'harmoniser les activités de surveillance des différents États, mais encore celle d'élaborer et de mettre en œuvre des programmes conjoints de surveillance de l'état des eaux fluviales dans le bassin hydrographique du

⁴⁵ Adoptée par la CEE en 1989. Voir E/ECE/1197, ECE/ENVWA/12.

⁴⁶ Ces principes ont été rédigés par l'Équipe spéciale de la CEE sur la surveillance et l'évaluation dans le cadre de la Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Helsinki, 1992), et ils ont été approuvés par les Parties à la Convention en mars 2000.

⁴⁷ Ces accords ont été établis dans le cadre du programme mais ils ne sont pas encore en vigueur.

Danube en ce qui concerne la qualité de l'eau et son volume, les sédiments et l'écosystème fluvial. Aux termes de la Directive 2000/60/CE de l'UE, «Les États membres veillent à ce que soient établis des programmes de surveillance de l'état des eaux afin de dresser un tableau cohérent et complet de l'état des eaux au sein de chaque district hydrographique.».

4) Dans la mesure où les États de l'aquifère peuvent s'entendre pour établir un tel mécanisme conjoint, c'est la démarche la plus efficace. Cela dit, il y a bien des cas où les États de l'aquifère concernés n'ont pas encore engagé la moindre consultation ou ne sont pas encore parvenus au moindre accord en vue de l'établissement d'un tel mécanisme. Même en pareils cas, les États de l'aquifère sont à tout le moins obligés de mener individuellement des activités de surveillance et d'en communiquer les résultats aux autres États de l'aquifère concernés. La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) pose l'obligation pour chaque Partie de surveiller l'état de ses ressources naturelles ainsi que l'impact sur ces ressources des activités et projets de développement. La Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003) insère l'obligation de surveillance dans la disposition visant à la prévention et à la maîtrise de la pollution. Le Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003) prévoit que chaque État s'acquitte de son obligation de surveillance d'une manière normalisée et harmonisée.

5) Le projet d'article 13 est également lié au projet d'article 8 sur l'échange régulier de données et informations. Pour remplir l'obligation d'un échange régulier de données et informations, une surveillance effective est nécessaire. Cependant, les données et informations demandées par le projet d'article 8 se limitent à celles qui concernent l'état de l'aquifère. Le paragraphe 2 traite plus directement des modalités et paramètres de la surveillance. Il prévoit les éléments essentiels de l'obligation qui incombe aux États de l'aquifère d'en assurer effectivement la surveillance, c'est-à-dire de s'entendre sur les normes et les méthodes de surveillance ou de les harmoniser. Il importe que les États de l'aquifère conviennent des normes et méthodes à appliquer aux fins de la surveillance ou des moyens d'harmoniser leurs différentes normes et méthodes pour en faire un indicateur commun de surveillance. À défaut de cet accord ou de cette harmonisation, les données recueillies n'auraient aucune utilité. Avant qu'un État puisse utiliser les données recueillies par d'autres États, il lui faut d'abord savoir quand, où, pourquoi et comment ces données ont été recueillies. À l'aide de ces «métadonnées» (données sur des données), l'État peut apprécier en toute indépendance la qualité de ces ensembles de données et, si

elles répondent à ses normes minimales en la matière, passer à l'harmonisation des données disponibles et à l'interprétation de la base de données globale. Dans le cas de la Commission franco-suisse de l'aquifère genevois, les deux parties ont au départ utilisé chacune leurs propres normes et, avec le temps et la pratique, sont parvenues à des données harmonisées. Les États de l'aquifère devraient aussi s'entendre sur le modèle conceptuel de l'aquifère considéré pour pouvoir sélectionner les paramètres clefs qu'ils vont surveiller. Il existe deux modèles conceptuels, la matrice physique et le modèle hydrodynamique. Les États de l'aquifère peuvent s'entendre sur un modèle au départ, puis le modifier à mesure qu'ils progressent dans la connaissance de cet aquifère en le surveillant. Les paramètres clefs à surveiller sont l'état de l'aquifère et son utilisation. Les données relatives à l'état de l'aquifère concernent l'étendue, la configuration, la trajectoire, la distribution de la pression hydrostatique, le débit, l'hydrochimie, etc., et elles sont équivalentes à celles qui sont énumérées au paragraphe 1 du projet d'article 8.

6) L'Accord provisoire entre la République du Mozambique, la République d'Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l'utilisation durable des eaux de l'Incomati et du Maputo (2002) oblige toutes les parties à mettre sur pied des systèmes, méthodes et procédures de surveillance comparables et à mettre en œuvre un programme de surveillance régulière de l'Incomati et du Maputo, notamment sur les plans biologique et chimique, ainsi que d'établir, aux intervalles fixés par le Comité technique permanent tripartite, des rapports sur l'état et les tendances d'évolution des écosystèmes aquatiques, marins et fluviaux associés en ce qui concerne la qualité de l'eau de ces cours d'eau. L'Accord-cadre sur le bassin de la Save (2002) prévoit l'obligation pour les parties de s'entendre pour instituer une méthode de surveillance permanente de la mise en œuvre de l'Accord et mener des activités en application de ses dispositions.

7) À la différence des obligations générales, qui sont formulées dans un style impératif, les modalités applicables pour s'acquitter des principales obligations demeurent de simples recommandations, en vue d'en faciliter le respect aux États. La surveillance devrait généralement être moins importante lorsque l'aquifère ou le système aquifère n'est pas utilisé.

Article 14

Gestion

Les États de l'aquifère établissent et mettent en œuvre des plans visant à assurer la gestion appropriée de leurs aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Ils tiennent, à la demande de l'un quelconque d'entre eux, des consultations concernant la gestion d'un aquifère ou d'un système aquifère transfrontière. S'il y a lieu, un mécanisme de gestion mixte est mis en place.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 14 énonce l'obligation des États de l'aquifère d'établir et de mettre en œuvre des plans pour assurer la bonne gestion de leurs aquifères transfrontières. Compte tenu de la souveraineté sur l'aquifère situé sur le territoire de l'État et de la nécessité d'une coopération entre États de l'aquifère, deux sortes d'obligations sont instituées par ce projet d'article: tout d'abord, l'obligation de chaque État de l'aquifère d'établir son propre plan en ce qui concerne son aquifère et de le mettre en œuvre et, deuxièmement, l'obligation d'engager des consultations avec les autres États de l'aquifère concernés à la demande de n'importe lequel d'entre eux.
- 2) Aux termes du paragraphe 2 de l'article 24 de la Convention sur les cours d'eau de 1997, «on entend par “gestion”, en particulier: a) le fait de planifier la mise en valeur durable d'un cours d'eau international et d'assurer l'exécution des plans qui auront pu être adoptés et b) le fait de promouvoir de toute autre manière l'utilisation, la protection et le contrôle du cours d'eau dans des conditions rationnelles et optimales». C'est exactement la définition admise dans le Protocole (révisé) sur les réseaux hydrographiques partagés de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) (2000), qui est entré en vigueur en 2003. Cette définition peut être retenue *mutatis mutandis* dans le cas des eaux souterraines, en ayant présent à l'esprit le projet d'article 4.
- 3) Les règles applicables à la gestion des aquifères transfrontières sont définies dans la deuxième partie. Les obligations d'utiliser ces aquifères de manière équitable et raisonnable, de ne pas causer de dommages aux autres États et de coopérer avec les autres États de l'aquifère sont les piliers d'une bonne gestion des aquifères transfrontières. Le terme «gestion» englobe les mesures à prendre pour maximiser les avantages à tirer sur le long terme de l'utilisation des aquifères. Il recouvre aussi la protection et la préservation des aquifères transfrontières.

4) Il est entendu que les principes énoncés dans le présent projet d'articles sont censés fournir un cadre pour aider les États à élaborer des plans de gestion des aquifères. Les consultations entre États de l'aquifère sont un élément essentiel du processus de gestion. La cogestion des aquifères revêt une grande utilité et il devrait y être recouru chaque fois que cela est approprié et possible. Cependant, il est aussi admis qu'en pratique, il ne sera sans doute pas toujours possible de créer un tel mécanisme. C'est pourquoi l'établissement et la mise en œuvre de tels plans pourront être effectués individuellement ou conjointement.

5) La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992) impose l'obligation de gérer les ressources en eau «de manière à répondre aux besoins de la génération actuelle sans compromettre la capacité des générations futures de satisfaire leurs propres besoins». Le Protocole à cette convention (Protocole de Londres, 1999) précise plus avant les éléments à prendre en considération aux fins de la gestion de l'eau. La Convention sur la protection et le développement durable des Carpates (2003) érige «la gestion du bassin hydrographique» en obligation. La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) exige des parties qu'elles «gèrent leurs ressources en eau de manière à maintenir la quantité et la qualité de ces ressources aux plus hauts niveaux possibles».

6) Il arrive qu'une institution ou un mécanisme régional soit créé aux fins de la gestion d'un aquifère transfrontière déterminé. Le Protocole (révisé) sur les réseaux hydrographiques partagés de la Communauté de développement de l'Afrique australe (SADC) (2000) «vise à promouvoir et à faciliter l'établissement d'accords sur les réseaux hydrographiques partagés et la création d'institutions chargées de la gestion des cours d'eau partagés». L'Accord-cadre sur le bassin de la Save (2002) prévoit l'obligation de «coopérer pour parvenir à mettre en place une gestion durable des ressources en eau», ainsi que l'obligation de mettre en place un plan conjoint et/ou intégré sur la gestion des ressources en eau du bassin de la Save. La Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003) énonce l'obligation d'assurer la gestion des ressources naturelles de ce lac et crée l'Autorité du lac Tanganyika, qui a pour fonction, entre autres, de défendre et de représenter l'intérêt commun des États contractants pour tout ce qui concerne la gestion du lac Tanganyika et de son bassin. De son côté, le Protocole relatif à la mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003) définit les obligations des Parties et de la

Commission créée en vertu de ce protocole en ce qui concerne les plans de gestion destinés à assurer la conservation et une utilisation durable des ressources du bassin.

Article 15

Activités projetées

1. Lorsqu'un État est raisonnablement fondé à penser qu'une activité particulière projetée sur son territoire risque de porter atteinte à un aquifère ou à un système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État, il détermine, dans la mesure du possible, les effets éventuels de cette activité.
2. Avant que des activités projetées susceptibles de porter atteinte à un aquifère ou à un système aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État ne soient mises à exécution ou autorisées, cet État doit en recevoir notification en temps utile. Une telle notification doit être accompagnée des données techniques et informations disponibles, y compris, le cas échéant, des résultats de toute étude d'impact sur l'environnement, afin que l'État auquel elle est adressée ait la possibilité d'évaluer les effets éventuels des activités projetées.
3. Si l'État auteur de la notification et l'État auquel elle est adressée sont en désaccord quant aux effets éventuels des activités projetées, ils engagent des consultations et, si nécessaire, des négociations en vue de parvenir à une solution équitable. Ils peuvent faire appel à un organe d'enquête indépendant pour déterminer de manière impartiale les effets desdites activités.

Commentaire

- 1) On rappellera que la Convention sur les cours d'eau de 1997 consacre aux activités projetées neuf articles contenant des dispositions détaillées fondées sur la pratique des États. Par contraste, on adopte dans ce projet d'article une approche minimaliste en raison de la pratique limitée des États en ce qui concerne les aquifères. Ce projet d'article s'applique à tout État qui est fondé à penser qu'une activité projetée sur son territoire risque de porter atteinte à un aquifère transfrontière et, partant, d'avoir des effets négatifs significatifs sur un autre État. Cette disposition ne s'applique donc pas seulement aux États de l'aquifère.
- 2) Les activités à réglementer dans ce projet d'article pourraient être menées par des organes d'États ou par des entreprises privées. Ce projet d'article énonce une séquence de mesures ou de procédures qui peuvent être envisagées. Le paragraphe 1 édicte l'obligation minimale d'un État, qui est de procéder à une évaluation préalable des effets potentiels de l'activité projetée. Un État n'est tenu d'évaluer les effets potentiels de l'activité projetée que lorsqu'il a des motifs raisonnables de prévoir qu'elle aura probablement des effets négatifs. Mais il n'est pas soumis à cette obligation si l'évaluation n'est pas faisable.

L'expression «activités projetées» recouvre non seulement l'utilisation d'aquifères transfrontières, mais encore d'autres activités qui ont un impact sur ces aquifères ou qui sont susceptible d'en avoir un.

3) L'obligation pour l'État qui projette une activité particulière de procéder à une évaluation est prévue dans toutes sortes de traités et conventions. Dans l'Accord de l'ASEAN sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (1985), par exemple, il s'agit de «tâcher de procéder à une évaluation d'impact sur l'environnement avant d'engager toute activité comportant le risque de porter une atteinte significative à l'environnement ou aux ressources naturelles d'une autre Partie contractante ou à l'environnement ou aux ressources naturelles ne relevant pas d'une juridiction nationale». La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) prévoit l'obligation de «[faire] en sorte que les politiques, plans, programmes, stratégies, projets et activités susceptibles d'affecter les ressources naturelles, les écosystèmes et l'environnement en général fassent l'objet d'études d'impact adéquates à un stade aussi précoce que possible». L'Accord de coopération pour la protection des eaux et l'aménagement hydraulique durable des bassins hydrographiques hispano-portugais (1998) dit que «les Parties adoptent les dispositions nécessaires pour que les projets et activités qui font l'objet du présent accord et qui, en raison de leur nature, de leur dimension et de leur localisation, doivent faire l'objet d'une évaluation d'impact transfrontière, soient évalués avant leur approbation». En outre, le Protocole au Traité sur l'Antarctique relatif à la protection de l'environnement dispose, en son article 8, que toutes les activités dans la zone du Traité sur l'Antarctique sont soumises aux procédures d'évaluation de l'impact sur l'environnement.

4) L'importance de l'évaluation d'impact sur l'environnement est aussi indiquée dans les instruments élaborés dans le cadre des Nations Unies. Aux termes de la Charte pour la gestion des eaux souterraines (1989) élaborée par la Commission économique pour l'Europe, par exemple, «tous les projets envisagés dans un secteur économique quelconque qui risquent d'avoir un effet préjudiciable sur les aquifères devraient faire l'objet d'une procédure d'évaluation visant à déterminer leurs répercussions éventuelles sur le régime des cours d'eau et/ou la qualité des ressources en eaux souterraines, une attention particulière étant accordée au rôle important que jouent les eaux souterraines dans le système écologique». Au chapitre 18 d'Action 21 (1992), intitulé «Protection des ressources en eau douce et de leur qualité: application d'approches intégrées de la mise en

valeur, de la gestion et de l'utilisation des ressources en eau», il est dit que tous les États pourraient faire des «bilans obligatoires d'impact sur l'environnement de tous les grands projets de mise en valeur des ressources hydriques susceptibles d'avoir un effet négatif sur la qualité de l'eau et les écosystèmes aquatiques».

5) Les résultats d'une telle évaluation contribuent à une planification rationnelle de l'activité. Ils servent aussi de point de départ aux autres procédures définies aux paragraphes 2 et 3. Ces deux paragraphes établissent un cadre procédural destiné à éviter les différends à propos des activités projetées. Lorsque l'évaluation des effets potentiels d'une activité projetée qui a été menée conformément aux dispositions du paragraphe 1 indique que cette activité aurait un effet négatif sur les aquifères transfrontières et qu'elle risque d'avoir un effet négatif significatif sur d'autres États, l'État qui en est l'auteur est obligé, en vertu du paragraphe 2, de notifier sa constatation aux États concernés. Cette notification en temps voulu doit être accompagnée des données techniques et informations disponibles, y compris l'évaluation d'impact sur l'environnement, afin de fournir aux États qui seraient atteints les renseignements nécessaires pour procéder à leur propre évaluation des effets possibles de l'activité projetée.

6) Si les États auxquels a été adressée la notification sont satisfaits de l'information et de l'évaluation communiquées par l'État qui en est l'auteur, il s'établit un consensus pour faire face à l'activité projetée. Si, en revanche, ils ne sont pas d'accord sur l'évaluation des effets de cette activité, ils ont l'obligation de tâcher de parvenir à un règlement équitable de la situation suivant les dispositions du paragraphe 3. La condition préalable de cette solution serait pour les États concernés d'avoir une perception commune des effets éventuels de l'activité. À cette fin, des consultations et, si nécessaire, des négociations ou une enquête indépendante sont envisagées dans ce projet d'article pour parvenir à une solution équitable d'une situation particulière. L'article 33 de la Convention sur les cours d'eau de 1997 prévoit le recours obligatoire à une telle enquête. Il semble qu'il n'existe pas encore d'exemple de cette obligation dans le cas des eaux souterraines. Aussi est-ce la mention de la faculté de recourir à un tel mécanisme d'enquête qui est retenue ici. L'absence de procédure expressément détaillée ne devrait pas être interprétée comme autorisant toutes mesures qui auraient pour effet de rendre sans objet ce projet d'article. Ainsi, par exemple, les États concernés s'abstiendraient en principe, si on en fait la demande, de mettre à exécution ou d'autoriser l'activité projetée au cours de la

consultation ou de la négociation, qui doit s'achever à l'amiable dans un délai raisonnable. Les États concernés devraient agir de bonne foi.

7) La procédure prévue dans ce projet d'article est fondée sur le critère du risque de voir l'activité projetée avoir «des effets négatifs significatifs» sur d'autres États. Ce seuil des «effets négatifs significatifs» revêt un caractère éventuel et anticipatif, et est inférieur à celui du «dommage significatif» du projet d'article 6.

QUATRIÈME PARTIE

DISPOSITIONS DIVERSES

Article 16

Coopération technique avec des États en développement

Les États, agissant directement ou par l'intermédiaire des organisations internationales compétentes, promeuvent la coopération dans les domaines de la science, de l'éducation, de la technique, du droit et autres avec des États en développement en vue de la protection et de la gestion des aquifères ou systèmes aquifères transfrontières. Cette coopération comprend, entre autres, les éléments suivants:

- a) Renforcer les capacités des États en développement dans les domaines scientifique, technique et juridique;
- b) Faciliter leur participation aux programmes internationaux pertinents;
- c) Leur fournir le matériel et les installations nécessaires;
- d) Accroître leur capacité de fabriquer ce matériel;
- e) Fournir des services consultatifs et mettre en place des installations permettant de mener des programmes de recherche, de surveillance, d'éducation et autres;
- f) Fournir des services consultatifs et mettre en place des installations pour réduire à un minimum les effets préjudiciables des principales activités touchant leur aquifère ou système aquifère transfrontière;
- g) Fournir des services consultatifs pour élaborer des études d'impact sur l'environnement;
- h) Favoriser l'échange de connaissances techniques et pratiques entre États en développement afin de renforcer la coopération entre ces États en matière de gestion de l'aquifère ou du système aquifère transfrontière.

Commentaire

1) Le projet d'article 16 traite de la coopération technique avec les États en développement. Il convient de souligner que le terme «coopération» a été préféré à «assistance» dans ce projet d'article; il représente mieux le double processus nécessaire pour entretenir une croissance durable dans les pays en développement grâce à la protection et la gestion des aquifères ou systèmes aquifères. Aux termes du chapeau de ce projet d'article, les États sont tenus de promouvoir la coopération dans les domaines de la science, de l'éducation, de la technique et du droit, entre autres, en vue de la protection et de la gestion des aquifères transfrontières, ce qu'ils peuvent faire directement ou par l'intermédiaire d'organisations internationales compétentes. La coopération dans le domaine du droit a été introduite en deuxième lecture. Il est entendu que la liste des activités énumérées dans les alinéas n'est ni cumulative ni exhaustive. Les types de coopération énumérés représentent quelques-unes des diverses options dont les États disposent pour s'acquitter de l'obligation d'encourager la coopération dans les domaines envisagés dans le projet d'article. Ils ne seront pas tenus de mener chacun des types de coopération énumérés et auront la faculté de choisir leurs modes de coopération, y compris ceux qui ne sont pas énumérés, comme par exemple l'assistance financière.

2) L'hydrogéologie, science des eaux souterraines, est en plein essor. Cette branche nouvelle de la connaissance scientifique, qui progresse à un rythme rapide, est pour l'essentiel l'apanage des États développés, et beaucoup d'États en développement n'y ont pas encore pleinement part. C'est par l'entremise des organisations internationales compétentes que ceux-ci ont bénéficié d'une coopération scientifique et technique. Le PHI de l'UNESCO joue un rôle central dans ce domaine, et c'est le programme scientifique intergouvernemental mondial du système des Nations Unies qui peut répondre aux besoins et demandes spécifiques des différents pays et régions. Les arrangements régionaux évoluent eux aussi dans le bon sens, du fait des activités d'assistance extrêmement variées menées par les organisations internationales compétentes. À l'alinéa *a*, on recourt à la notion élargie de renforcement des capacités pour souligner la nécessité d'une formation et, à l'alinéa *h*, c'est la nécessité de soutenir l'échange de connaissances techniques et de données d'expérience entre États en développement qui est mise en avant.

3) L'obligation inscrite dans ce projet d'article concerne l'une des modalités de la coopération entre États, et elle trouve sa source à l'article 202 (Assistance aux États en développement dans les domaines de la science et de la technique) de la Convention des

Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer. La Déclaration de Stockholm, adoptée à la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (1972), indique l'importance de l'assistance technique pour compléter l'effort national de développement et compte tenu de la situation particulière des États en développement pour assurer leur développement et la protection de l'environnement (principes 9 et 12). La Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement évoque en son principe 7 les responsabilités communes mais différenciées des États. Selon le principe 9 de cette déclaration, «les États devraient coopérer pour intensifier le renforcement des capacités endogènes en matière de développement durable en améliorant la compréhension scientifique par les échanges de connaissances scientifiques et techniques et en facilitant la mise au point, l'adaptation, la diffusion et le transfert de techniques, y compris de techniques nouvelles et novatrices».

4) Les éléments de la coopération qui sont prévus dans ce projet d'article figurent aussi dans plusieurs conventions et traités. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992) retient l'obligation d'assistance mutuelle. Le Protocole sur l'eau et la santé à cette même convention (Protocole de Londres, 1999) souligne l'importance de «la formation théorique et pratique des cadres et du personnel technique nécessaires pour assurer la gestion des ressources en eau et l'exploitation des systèmes d'approvisionnement en eau et d'assainissement» ainsi que de «l'actualisation de leurs connaissances et compétences et leur perfectionnement». Ce protocole énumère les éléments pour lesquels un appui international à l'action menée au niveau national s'impose, comme suit: a) l'élaboration de plans de gestion dans un contexte transfrontière, dans un contexte national et/ou dans un contexte local, et de programmes visant à améliorer l'approvisionnement en eau et l'assainissement; b) une meilleure formulation des projets, notamment des projets d'infrastructure, conformément à ces plans et programmes, afin de faciliter l'accès aux sources de financement; c) l'exécution efficace de ces projets; d) la mise en place de systèmes de surveillance et d'alerte rapide, de plans d'urgence et de moyens d'intervention concernant les maladies liées à l'eau; e) l'élaboration de la législation nécessaire pour appuyer l'application du Protocole; f) la formation théorique et pratique des cadres et du personnel technique indispensables; g) la recherche et la mise au point de moyens et de techniques d'un bon rapport coût-efficacité pour prévenir, combattre et faire reculer les maladies liées à l'eau; h) l'exploitation de réseaux efficaces pour surveiller et évaluer la prestation de services relatifs à l'eau et leur qualité, et la mise en place de

systèmes d'information intégrés et de bases de données; i) l'instauration d'une assurance qualité pour les activités de surveillance, y compris en matière de comparabilité interlaboratoires. On notera aussi que la Convention des Nations Unies sur la lutte contre la désertification (1994) réserve un article particulier, l'article 6, aux obligations des pays développés parties; parmi les obligations énumérées figure celle de «favoriser et ... faciliter l'accès des pays touchés parties, en particulier des pays en développement parties, à la technologie, aux connaissances et aux savoir-faire appropriés».

5) L'obligation de coopération mutuelle est également prévue dans les conventions régionales. L'un des exemples est celui de la Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003), qui énonce l'obligation de «favoriser et renforcer la coopération en matière de développement et d'utilisation de technologies respectueuses de l'environnement, ainsi qu'en matière d'accès à ces technologies et à leur transfert, dans des conditions mutuellement convenues» et, à cet effet, d'«adopter des mesures législatives et réglementaires qui mettent en place des incitations pour le développement, l'importation, le transfert et l'utilisation de technologies respectueuses de l'environnement, dans les secteurs privé et public».

6) L'importance de l'assistance scientifique et technique est également mentionnée dans d'autres déclarations qui n'ont pas force obligatoire. Le Plan d'action de Mar del Plata, adopté en 1977 à la Conférence des Nations Unies sur l'eau, signale l'insuffisance des connaissances scientifiques sur les ressources en eau. En ce qui concerne les eaux souterraines, il recommande aux pays de: «i) fournir une assistance pour la création ou le renforcement de réseaux d'observation visant à enregistrer les caractéristiques des ressources en eaux souterraines sur le plan quantitatif et qualitatif; ii) fournir une assistance pour créer des banques de données concernant les eaux souterraines et pour réexaminer les études, déterminer les lacunes et élaborer des programmes de recherche et de prospection pour l'avenir; iii) fournir une aide, y compris du personnel et du matériel, afin de pouvoir utiliser des techniques perfectionnées telles que les méthodes géophysiques, les techniques nucléaires, les modèles mathématiques, etc.»⁴⁸.

7) Au chapitre 18 d'Action 21, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement et le développement (1992) indique que l'un des quatre grands objectifs à poursuivre est de «définir et renforcer ou créer, selon [le cas], et notamment dans les pays en

⁴⁸ Plan d'action de Mar del Plata, par. 4 b).

développement, les mécanismes institutionnels, juridiques et financiers appropriés, pour veiller à ce que la politique de l'eau et son application jouent le rôle d'un catalyseur du progrès social et d'une croissance économique durables»⁴⁹. Et elle ajoute que «tous les États pourraient, suivant leur capacité et leurs moyens, et par le biais de la coopération bilatérale et multilatérale, notamment par l'intermédiaire de l'ONU et d'autres organisations compétentes, selon qu'il conviendra, agir dans les domaines suivants afin d'améliorer la gestion intégrée des ressources en eau: ... o) développement et renforcement, le cas échéant, de la coopération, y compris si nécessaire des mécanismes à tous les niveaux ci-après: ... iv) au niveau mondial, clarification des responsabilités et amélioration de la division du travail et de la coordination entre les organisations et les programmes internationaux, y compris susciter des discussions et procéder à l'échange de données d'expérience dans les domaines touchant la gestion des ressources en eau»⁵⁰. La Conférence indique aussi que l'un des trois objectifs à poursuivre parallèlement de manière à intégrer les considérations relatives à la qualité de l'eau dans la gestion des ressources en eau est la «mise en valeur des ressources humaines: un élément essentiel pour renforcer les capacités et une condition indispensable pour mettre en œuvre la gestion de la qualité de l'eau»⁵¹. Le plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable (2002) mentionne lui aussi l'assistance technique⁵².

Article 17

Situations d'urgence

1. Aux fins du présent projet d'article, on entend par «situation d'urgence» une situation qui est soudainement provoquée par des causes naturelles ou par des activités humaines, qui touche un aquifère ou un système aquifère transfrontière et qui présente un risque imminent de dommage grave aux États de l'aquifère ou à d'autres États.
2. L'État sur le territoire duquel survient une situation d'urgence:
 - a) En informe sans retard et par les moyens les plus expéditifs disponibles les autres États qui risquent d'être atteints ainsi que les organisations internationales compétentes;

⁴⁹ Action 21, par. 18.9 d).

⁵⁰ Action 21, par. 18.12.

⁵¹ Action 21, par. 18.38 c).

⁵² Plan de mise en œuvre du Sommet mondial pour le développement durable (2002), IV, 25.

b) En coopération avec les États qui risquent d'être atteints et, s'il y a lieu, avec les organisations internationales compétentes, prend immédiatement toutes les mesures passibles que dictent les circonstances pour prévenir, atténuer et éliminer toute conséquence dommageable de la situation d'urgence.

3. Lorsqu'une situation d'urgence présente une menace pour des besoins humains vitaux, les États de l'aquifère peuvent prendre les mesures strictement nécessaires pour répondre à ces besoins, même en dérogeant aux dispositions des projets d'articles 4 et 6.

4. Les États fournissent une coopération scientifique, technique, logistique et autre aux États dans lesquels survient une situation d'urgence. Cette coopération peut comprendre la coordination des opérations et communications internationales d'urgence et la mise à disposition de personnel d'urgence, de matériel et de fournitures d'urgence, de compétences scientifiques et techniques et d'une aide humanitaire.

Commentaire

1) Le projet d'article 17 vise les obligations dont les États doivent s'acquitter pour faire face aux situations d'urgence effectives qui ont trait aux aquifères transfrontières. On trouve une disposition semblable à l'article 28 de la Convention sur les cours d'eau de 1997. Dans le cas des aquifères, les urgences ne seraient peut-être pas aussi nombreuses ni aussi destructrices que dans celui des cours d'eau. Il est toutefois nécessaire de consacrer un article à cette question, vu, par exemple, les ravages causés le long des côtes de l'océan Indien par la catastrophe du tsunami provoqué par le grand tremblement de terre survenu au large de Banda Aceh (Indonésie) en décembre 2004. Il est possible qu'un tsunami ou un cyclone inonde un aquifère d'eau de mer ou qu'un tremblement de terre détruise un aquifère.

2) Le paragraphe 1 donne la définition de la «situation d'urgence» aux fins du projet d'article. Le commentaire du paragraphe 1 de l'article 28 de la Convention sur les cours d'eau de 1997 explique que la définition de l'«urgence» renferme un certain nombre d'éléments importants et donne plusieurs exemples pour illustrer le propos. Suivant cette définition, une «urgence» doit causer, ou menacer de causer d'une manière imminente, un «dommage grave» à d'autres États. La gravité du dommage en jeu ainsi que la soudaineté de la survenance de l'urgence justifient les mesures prescrites par le projet d'article. L'élément de «soudaineté» est d'une importance déterminante pour l'application de ce projet d'article. Mais il couvre aussi les cas que les prévisions météorologiques permettent de prévoir. En outre, il peut englober les situations larvées, notamment celles qui se produisent brusquement mais sont la conséquence de facteurs qui se sont accumulés sur

une certaine période. Les mots «présente un risque imminent» ont un sens factuel qui ne devrait pas faire l'objet d'un amalgame avec des notions associées aux menaces contre la paix et la sécurité internationales et à tout corollaire qui pourrait en découler conformément à la Charte des Nations Unies. L'expression «dommage grave» désigne un dommage plus important qu'un «dommage significatif». Enfin, la situation peut être provoquée soit «par des causes naturelles, [soit] par des activités humaines».

3) L'État sur le territoire duquel survient la situation d'urgence est obligé, en vertu du paragraphe 2, alinéa *a*, d'en notifier «sans retard et par les moyens les plus expéditifs disponibles, les autres États qui risquent d'être atteints, ainsi que les organisations internationales compétentes». On trouve une obligation analogue, par exemple, dans la Convention de 1986 sur la notification rapide d'un accident nucléaire, dans la Convention des Nations Unies de 1982 sur le droit de la mer et dans un certain nombre d'accords concernant des aquifères transfrontières⁵³. L'expression «sans retard» signifie immédiatement à la nouvelle de l'urgence, et le membre de phrase «par les moyens les plus expéditifs disponibles», le recours aux moyens de communication les plus rapides qui soient accessibles. Les États auxquels cette notification doit être adressée ne sont pas les seuls États de l'aquifère, puisque d'autres États peuvent aussi être touchés par une urgence. Cet alinéa prévoit aussi que la notification soit adressée aux «organisations internationales compétentes». Une telle organisation devrait avoir compétence, en vertu de son acte constitutif, pour répondre à la situation d'urgence. Le plus souvent, il s'agirait d'une organisation créée par les États de l'aquifère pour s'occuper, entre autres choses, des cas d'urgence. La question de l'indemnisation n'est pas traitée ni même implicite dans le présent projet d'articles. Si l'État sur le territoire duquel survient une urgence due entièrement à des causes naturelles peut ne pas être responsable des effets dommageables subis par un autre État, les obligations prévues aux alinéas *a* et *b* du paragraphe 2 ne s'en appliqueraient pas moins à cette situation d'urgence.

4) L'alinéa *b* du paragraphe 2 exige que l'État sur le territoire duquel survient une situation d'urgence «pren[ne] immédiatement toutes les mesures possibles ... pour prévenir, atténuer et éliminer toute conséquence dommageable de la situation d'urgence». L'intervention efficace pour parer à la plupart des situations d'urgence causées par des activités humaines est celle qui doit être menée là où survient l'accident industriel,

⁵³ Convention de 1986, art. 2 (Notification et information), Convention des Nations Unies sur le droit de la mer, art. 198 (Notification d'un risque imminent de dommage ou d'un dommage effectif).

l'échouage du navire ou autre incident. Mais ce paragraphe exige seulement que soient prises toutes les mesures «possibles», c'est-à-dire celles qui sont «faisables, praticables et raisonnables». De plus, seules doivent être prises les mesures «que dictent les circonstances», c'est-à-dire celles que justifient les données de la situation d'urgence et ses effets possibles sur d'autres États. L'obligation des États concernés est une obligation de moyens et non une obligation de résultat. À l'instar de l'alinéa *a* du paragraphe 2, cet alinéa *b* du paragraphe 2 envisage l'existence d'une organisation internationale compétente, telle une commission mixte, avec laquelle les États pourront coopérer pour prendre les mesures requises. La coopération avec les États qui pourraient être touchés (y compris les États autres que ceux de l'aquifère) est également prévue. Cette coopération sera sans doute indiquée dans le cas d'aquifères ou systèmes aquifères contigus, ou lorsqu'un État qui risque d'être touché est en mesure de prêter son concours sur le territoire de l'État de l'aquifère où est survenue la situation d'urgence.

5) Dans le cadre du Programme hydrologique international (PHI) de l'UNESCO, le projet «Les eaux souterraines dans les situations d'urgence» a pour but d'étudier les événements catastrophiques, tant naturels que provoqués par l'activité humaine, qui pourraient avoir une influence négative sur la santé et la vie humaines et de déceler par avance les ressources en eaux souterraines salubres et peu vulnérables qui pourraient remplacer temporairement les systèmes d'approvisionnement endommagés. Fournir en eau potable la population en danger est l'une des toutes premières priorités durant et immédiatement après une catastrophe.

6) L'obligation d'informer immédiatement les autres États de toute catastrophe naturelle ou autre situation d'urgence qui risque de causer brusquement des effets dommageables sur l'environnement de ces États est suggérée dans le principe 18 de la Déclaration de Rio sur l'environnement et le développement (1992). Plusieurs conventions régionales prévoient l'obligation d'adresser sans retard une notification aux États qui risquent d'être touchés, à la commission ou à l'institution régionale et aux autres organisations compétentes. Ce sont, par exemple, le Protocole (révisé) sur les réseaux hydrographiques partagés de la Communauté de développement d'Afrique australe (SADC) (2000), l'Accord provisoire tripartite entre la République du Mozambique, la République d'Afrique du Sud et le Royaume du Swaziland relatif à la coopération pour la protection et l'utilisation durable des eaux de l'Incomati et du Maputo (2002), la Convention sur la gestion durable du lac Tanganyika (2003) et le Protocole relatif à la

mise en valeur durable du bassin du lac Victoria (2003). La Convention africaine sur la conservation de la nature et des ressources naturelles (2003) énonce le droit de l'État partie de se voir communiquer toutes les données pertinentes disponibles par l'autre partie sur le territoire de laquelle survient une situation d'urgence environnementale ou catastrophe naturelle qui risque de porter atteinte aux ressources naturelles du premier État.

7) Certaines des conventions ont institué des mécanismes ou systèmes de notification rapide des situations d'urgence. La Convention sur la protection et l'utilisation des cours d'eau transfrontières et des lacs internationaux (Convention d'Helsinki, 1992) prévoit que «les Parties riveraines s'informent mutuellement sans délai de toute situation critique susceptible d'avoir un impact transfrontière» et pose l'obligation de mettre en place, lorsqu'il y a lieu, et d'exploiter des systèmes coordonnés ou communs de communication, d'alerte et d'alarme. La Convention de 1994 sur la coopération pour la protection et l'utilisation durable du Danube prévoit la mise en place de «systèmes coordonnés ou communs de communication, d'alerte et d'alarme», de même que l'obligation pour les Parties de se consulter sur les moyens d'harmoniser les systèmes nationaux de communication, d'alerte et d'alarme ainsi que les plans d'urgence. L'Accord de coopération pour la protection des eaux et l'aménagement hydraulique durable des bassins hydrographiques hispano-portugais (1998) fait obligation aux Parties de mettre en place des systèmes communs ou coordonnés de communication ou d'améliorer ceux qui existent pour transmettre des alertes précoces ou des renseignements d'urgence.

8) Le paragraphe 3 prévoit les dérogations possibles, en cas d'urgence, aux obligations prévues par les projets d'articles 4 et 6. Les États de l'aquifère peuvent temporairement déroger aux obligations que leur imposent ces projets d'articles lorsqu'il est crucial d'approvisionner la population en eau pour atténuer une situation d'urgence. Bien que la Convention sur les cours d'eau de 1997 ne contienne pas de clause de ce genre, il convient, dans le cas des aquifères, de tenir tout particulièrement compte des besoins humains vitaux dans les situations d'urgence. Lorsque survient une catastrophe naturelle telle qu'un tremblement de terre ou une inondation, par exemple, un État de l'aquifère doit satisfaire immédiatement les besoins de sa population en eau de boisson. Dans le cas des cours d'eau, les États pourraient y répondre sans déroger à leurs obligations, du fait que la réalimentation du cours d'eau serait probablement suffisante. S'agissant des aquifères, en revanche, les États ne seraient pas en mesure de le faire, car il n'y aurait pas ou guère de

réalimentation. En conséquence, il faut que les États aient la faculté d'exploiter temporairement l'aquifère sans remplir les obligations prévues aux projets d'articles 4 et 6. Cela dit, le présent projet d'article ne vise que la dérogation temporaire. Il pourrait se trouver des cas où les États ne seraient pas en mesure non plus de s'acquitter des obligations prévues par d'autres projets d'articles dans une situation d'urgence. En pareil cas, ils pourraient invoquer des circonstances qui, en droit international général, excluent l'illicéité, telles que la force majeure, la détresse ou l'état de nécessité.

9) Le paragraphe 4 énonce une obligation connexe d'assistance incombant à tous les États, qu'ils soient ou non touchés d'une manière quelconque par le dommage grave résultant d'une situation d'urgence. Les experts scientifiques et les administrateurs des eaux souterraines sont unanimes à constater la nécessité d'actions concertées de la part de tous les États pour faire réellement face à une situation d'urgence. L'assistance requise concernerait la coordination des opérations et des communications d'urgence, l'envoi de personnel d'urgence entraîné et de matériel et fournitures d'urgence ainsi que les services d'experts scientifiques et techniques et une aide humanitaire.

Article 18

Protection en période de conflit armé

Les aquifères ou systèmes aquifères transfrontières et les infrastructures, installations, et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne doivent pas être utilisés en violation de ces principes et règles.

Commentaire

1) Le projet d'article 18 concerne la protection à accorder aux aquifères transfrontières et aux installations connexes en période de conflit armé. La Convention sur les cours de 1997 d'eau comprend un article sur le même sujet, et l'idée fondamentale qui inspire le présent article est la même. Ce projet d'article, qui est sans préjudice du droit existant, ne pose aucune règle nouvelle, et il sert simplement à rappeler à tous les États que les principes et les règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et internes contiennent des dispositions importantes au sujet des ressources en eau et des ouvrages y afférents. Ces dispositions se rangent généralement dans deux catégories: celles qui concernent la protection des ressources en eau et ouvrages y afférents et celles qui traitent de l'utilisation de ces ressources en eau et ouvrages. Comme une

réglementation détaillée de ce sujet sortirait du champ d'un instrument-cadre, le projet d'article 18 se borne à mentionner chacune des deux catégories de principes et règles.

2) Le projet d'article 18 ne s'adresse pas seulement aux États de l'aquifère, vu que les aquifères transfrontières et les ouvrages y afférents peuvent être utilisés ou attaqués en période de conflit armé également par des États autres que ceux de l'aquifère.

3) L'obligation des États de l'aquifère de protéger et d'utiliser les aquifères transfrontières et les ouvrages y afférents conformément au présent projet d'articles devrait demeurer effective même en période de conflit armé. La conduite de la guerre peut cependant porter atteinte aux aquifères transfrontières de même qu'à leur protection et à leur utilisation par les États de l'aquifère. En pareils cas, le projet d'article 18 précise que les règles et principes régissant les conflits armés sont d'application, y compris diverses dispositions de conventions sur le droit international humanitaire pour autant que les États soient liés par elles. L'empoisonnement des approvisionnements en eau, par exemple, est prohibé par la Convention de La Haye de 1907 concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre et par l'article 54 du Protocole I de 1977 additionnel aux Conventions de Genève du 12 août 1949, l'article 56 de ce même protocole protégeant pour sa part les barrages, digues et autres ouvrages contre les attaques qui peuvent «provoquer la libération de forces [dangereuses] et, en conséquence, causer des pertes sévères dans la population civile». Des mesures de protection semblables s'appliquent dans les conflits armés non internationaux en vertu des articles 14 et 15 du Protocole II additionnel aux Conventions de Genève de 1949. Pour la protection des ressources en eau en période de conflit armé, le Protocole I prévoit encore que «la guerre sera conduite en veillant à protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves». Dans les cas qui ne sont pas couverts par une règle particulière, certaines protections fondamentales sont assurées par la «clause de Martens». Cette clause, insérée à l'origine dans le préambule des Conventions de La Haye de 1899 et 1907 et reprise dans un certain nombre de conventions et protocoles ultérieurs, fait désormais partie du droit international général. En substance, elle dispose que, même dans les cas qui ne sont pas prévus par des accords internationaux particuliers, civils et combattants demeurent sous la sauvegarde et sous l'empire des principes du droit des gens tels qu'ils résultent des usages établis, des principes de l'humanité et des exigences de la conscience publique. C'est le même principe général qui se trouve exprimé au paragraphe 2 du projet d'article 5 du présent projet d'articles selon lequel, pour trancher entre les utilisations des aquifères

transfrontières, il faut prêter une attention particulière à l'exigence des besoins humains vitaux.

Article 19

Données et informations vitales pour la défense ou la sécurité nationales

Aucune disposition du présent projet d'articles n'oblige un État à fournir des données ou informations vitales pour sa défense ou sa sécurité nationales. Néanmoins, cet État coopère de bonne foi avec les autres États en vue de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent.

Commentaire

1) Le projet d'article 19 crée une dérogation très restreinte aux projets d'articles exigeant la communication d'informations. La même règle figure dans la Convention sur les cours d'eau de 1997. Au cours de la première lecture, l'accent a été mis sur les aspects relatifs à la confidentialité en utilisant le mot «essentielle» pour qualifier la confidentialité de telles données et informations plutôt que sur la question de savoir si de telles données et informations étaient vitales pour la défense ou la sécurité nationales, sans vouloir modifier le fond du texte. Après un examen approfondi en deuxième lecture, la Commission a décidé qu'il n'y avait pas de raison impérative de s'écarter du libellé de la Convention sur les cours d'eau de 1997.

2) Il n'est pas réaliste de s'attendre à ce que les États acceptent de diffuser des informations qui sont d'une importance vitale pour leur défense ou leur sécurité nationales. En même temps, pourtant, un État de l'aquifère qui risque de subir les effets préjudiciables de mesures projetées ne devrait pas être laissé entièrement dans l'ignorance de ces effets possibles. C'est pourquoi le projet d'article 19 exige de l'État qui retient des informations qu'il «coopère de bonne foi avec les autres États en vue de fournir autant d'informations que les circonstances le permettent». La dérogation créée par le projet d'article 19 n'affecte pas les obligations qui ne sont pas liées à la transmission de données et informations.

3) La question de la protection des secrets industriels et commerciaux, des droits de propriété intellectuelle, du droit à l'intimité de la vie privée, des importants trésors culturels ou naturels a été examinée. Il a été entendu que l'échange de données et d'informations exigé par le présent projet d'articles pouvait bien être effectué sans enfreindre ces droits.

CHAPITRE V

EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS

A. Introduction

55. À sa cinquante-sixième session (2004), la Commission a décidé⁵⁴ d'inscrire le sujet «Effets des conflits armés sur les traités» à son programme de travail en cours et de nommer M. Ian Brownlie Rapporteur spécial pour le sujet.

56. À ses cinquante-septième (2005) à cinquante-neuvième (2007) sessions, la Commission était saisie des premier, deuxième et troisième rapports du Rapporteur spécial (A/CN.4/552, A/CN.4/570 et Corr.1 et A/CN.4/578 et Corr.1, respectivement), ainsi que d'une étude établie par le secrétariat, intitulée «Effets des conflits armés sur les traités: examen de la doctrine et de la pratique» (A/CN.4/550 et Corr.1)⁵⁵.

57. À la 2928^e séance, le 31 mai 2007, la Commission a décidé de constituer un groupe de travail sur le sujet sous la présidence de M. Lucius Caflisch, chargé de donner des indications supplémentaires sur plusieurs questions que la Commission avait mises en évidence lors de l'examen du troisième rapport du Rapporteur spécial. À sa 2946^e séance, le 2 août 2007, la Commission a adopté le rapport du Groupe de travail⁵⁶. À la 2946^e séance, la Commission a décidé en outre de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 1^{er} à 3, 5 *bis*, 7, 10 et 11, tels qu'ils avaient été proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, de même que le projet d'article 4, tel qu'il avait été proposé par le Groupe de travail, accompagné des recommandations du Groupe de travail⁵⁷.

⁵⁴ À sa 2830^e séance, le 6 août 2004, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), par. 364. Au paragraphe 5 de sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire ce sujet à son ordre du jour. À sa cinquante-deuxième session (2000), la Commission avait inscrit à son programme de travail à long terme le sujet «Effets des conflits armés sur les traités», *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10* (A/55/10), par. 729. Un bref plan d'étude décrivant quelles pourraient être la structure générale et l'approche du sujet était annexé au rapport de la Commission de 2000. *Ibid.*, annexe. L'Assemblée générale a pris note de cette inscription au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000.

⁵⁵ À sa 2866^e séance, le 5 août 2005, la Commission a fait sienne la proposition du Rapporteur spécial tendant à demander au secrétariat d'adresser aux gouvernements une note les priant de fournir des renseignements concernant leur pratique dans le domaine en question, en particulier la plus récente, ainsi que toute autre information pertinente. *Ibid.*, *soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 112.

⁵⁶ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 323 et 324.

⁵⁷ La Commission a par ailleurs approuvé la recommandation du Groupe de travail tendant à inviter le secrétariat à adresser aux organisations internationales une note pour leur demander de fournir des

B. Examen du sujet à la présente session

58. À la présente session, la Commission a décidé, à sa 2964^e séance, le 16 mai 2008, de reconstituer le Groupe de travail sur les effets des conflits armés sur les traités, sous la présidence de M. Lucius Caflisch, pour qu'il achève l'examen de plusieurs questions qui avaient été retenues lors de l'examen par la Commission du troisième rapport du Rapporteur spécial au cours de la cinquante-neuvième session, en 2007.

59. Le Groupe de travail était saisi du quatrième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/589), qui lui avait été renvoyé par la plénière, traitant de la question de la procédure concernant le mode de suspension de l'application ou d'extinction d'un traité, d'une note établie par le Président du Groupe de travail (A/CN.4/L.721) sur la question de l'applicabilité des articles 42 à 45 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi que d'une compilation des commentaires et observations reçus d'organisations internationales (A/CN.4/592 et Add.1).

60. Le Groupe de travail a examiné les quatre questions ci-après: a) la question de l'applicabilité, en ce qui concerne le projet d'article 8, de la procédure établie à l'article 65 de la Convention de Vienne sur le droit des traités concernant l'extinction d'un traité ou la suspension de son application; b) la question de l'applicabilité, également en ce qui concerne le projet d'article 8, des articles 42 à 45 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, et, en particulier, de l'article 44 relatif à la divisibilité des dispositions d'un traité; c) le projet d'article 9, consacré à la reprise de l'application des traités dont l'application a été suspendue, tel que proposé par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport; et d) les projets d'articles 12, 13 et 14, tels que proposés par le Rapporteur spécial dans son troisième rapport, concernant le statut des États tiers en tant que neutres, l'extinction des traités ou la suspension de leur application résultant de la mise en œuvre de la Convention de Vienne et la compétence des parties pour négocier un accord spécifique réglementant la question du maintien ou de la remise en vigueur des traités, respectivement. À sa 2968^e séance, le 29 mai 2008, la Commission a adopté le rapport du Groupe de travail (A/CN.4/L.726).

renseignements sur leur pratique en ce qui concerne les effets des conflits armés sur les traités auxquels elles sont parties. Ibid., par. 272.

61. À la même séance, la Commission a décidé de renvoyer au Comité de rédaction les projets d'articles 8, 8 *bis*, 8 *ter*, 8 *quater*, 9 et 14, tels qu'ils avaient été proposés par le Groupe de travail, ainsi que les projets d'articles 12 et 13, tels qu'ils avaient été proposés par le Rapporteur spécial, accompagnés des recommandations du Groupe de travail figurant dans son rapport.

62. À ses 2973^e et 2980^e séances, les 6 juin et 17 juillet 2008, la Commission a examiné les rapports du Comité de rédaction et a adopté en première lecture, à la 2980^e séance, un ensemble de 18 projets d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités, ainsi qu'une annexe (voir sect. C ci-après). Aux 2993^e et 2994^e séances, le 6 août 2008, la Commission a adopté un ensemble de commentaires relatifs aux projets d'articles sur les effets des conflits sur les traités, tels qu'ils avaient été adoptés en première lecture (voir sect. D ci-après).

63. À la 2993^e séance, le 6 août 2008, la Commission a décidé, conformément aux articles 16 à 21 de son Statut, de transmettre les projets d'articles (voir sect. C ci-dessous), par l'entremise du Secrétaire général, aux gouvernements pour commentaires et observations, en les priant de faire parvenir ces commentaires et observations au Secrétaire général d'ici le 1^{er} janvier 2010.

64. À sa 2994^e séance, le 6 août 2008, la Commission a exprimé sa profonde gratitude au Rapporteur spécial, M. Ian Brownlie, pour l'excellente contribution qu'il avait apportée au traitement du sujet grâce à ses travaux de recherche et sa vaste expérience, permettant ainsi à la Commission de mener à bien sa première lecture des projets d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités. Elle a également salué les efforts inlassables et la contribution du Groupe de travail sur les effets des conflits armés sur les traités, présidé par M. Lucius Caflisch.

C. Texte des projets d'articles sur les effets des conflits armés sur les traités adoptés par la Commission en première lecture

1. Texte des projets d'articles

65. Le texte des projets d'articles adoptés en première lecture à la soixantième session de la Commission est reproduit ci-dessous.

EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS

Article premier

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique aux effets des conflits armés sur les traités entre États, lorsqu'au moins un État est partie au conflit armé.

Article 2

Expressions employées

Aux fins du présent projet d'articles:

a) L'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière;

b) L'expression «conflit armé» s'entend d'un état de guerre ou d'un conflit qui implique des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'avoir une incidence sur l'application des traités entre les États parties au conflit armé ou entre un de ces États et un État tiers, indépendamment de toute déclaration de guerre formelle ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque des parties au conflit armé ou par l'ensemble de celles-ci.

Article 3

Caractère contingent de l'extinction ou de la suspension de l'application

Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas nécessairement l'extinction des traités ni la suspension de leur application:

a) Entre les États parties au conflit armé;

b) Entre un État partie au conflit armé et un État tiers.

Article 4

Indices permettant de conclure à la possibilité de l'extinction, du retrait ou de la suspension de l'application

Pour déterminer si un traité est susceptible d'extinction ou de suspension de son application en cas de conflit armé, ou s'il peut faire l'objet d'un retrait en tel cas, il faut se référer:

- a) Aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; et
- b) À la nature et à l'ampleur du conflit armé, à l'effet du conflit armé sur le traité, au contenu du traité et au nombre de parties au traité.

Article 5

Traités dont le contenu implique qu'ils sont applicables

Dans le cas des traités dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer, dans leur intégralité ou en partie, durant un conflit armé, la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même leur application.

Article 6

Conclusion de traités pendant un conflit armé

1. La survenance d'un conflit armé n'a pas d'incidence sur la capacité qu'a un État partie au conflit armé de conclure des traités conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités.
2. Les États peuvent conclure des accords licites prévoyant l'extinction ou la suspension d'un traité qui serait applicable entre eux dans des situations de conflit armé.

Article 7

Dispositions expresses sur l'application des traités

Les traités continuent de s'appliquer dans des situations de conflit armé s'ils le prévoient expressément.

Article 8

Notification de l'extinction, du retrait ou de la suspension

1. L'État engagé dans un conflit armé qui a l'intention de mettre fin à un traité auquel il est partie, de s'en retirer, ou d'en suspendre l'application notifie cette intention soit à l'autre État partie ou aux autres États parties au traité, soit au dépositaire du traité.
2. La notification prend effet à sa réception par l'autre État partie ou par les autres États parties.
3. Rien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte au droit d'une partie de faire objection, conformément au traité ou aux règles applicables du droit international, à l'extinction, au retrait ou à la suspension de l'application.

Article 9

Obligations imposées par le droit international indépendamment d'un traité

L'extinction, le retrait, ou la suspension de l'application, lorsqu'ils résultent d'un conflit armé, ne dégagent en aucune manière un État de son devoir de s'acquitter de toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il serait soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité.

Article 10

Divisibilité des dispositions d'un traité

L'extinction, le retrait ou la suspension de l'application du fait d'un conflit armé vise l'ensemble du traité, à moins que celui-ci n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, et hormis dans les cas suivants:

- a) Le traité contient des clauses séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution;
- b) Il ressort du traité, ou il est par ailleurs établi, que l'acceptation des clauses en question n'a pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une base essentielle de leur consentement à être liées par le traité dans son ensemble; et

- c) Il n'est pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité.

Article 11

Perte du droit de mettre fin au traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application

Un État ne peut plus mettre fin à un traité, s'en retirer ou en suspendre l'application du fait d'un conflit armé si cet État:

- a) A explicitement accepté de considérer que le traité reste en vigueur ou continue d'être applicable; ou
- b) Doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé au maintien en vigueur du traité ou à son maintien en application.

Article 12

Remise en application des traités

La remise en application d'un traité qui a été suspendu du fait d'un conflit armé est déterminée conformément aux critères visés au projet d'article 4.

Article 13

Effet de l'exercice du droit de légitime défense à titre individuel ou collectif sur un traité

Un État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit.

Article 14

Décisions du Conseil de sécurité

Le présent projet d'articles est sans préjudice des effets juridiques des décisions prises par le Conseil de sécurité conformément aux dispositions du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Article 15

Interdiction pour un État de tirer avantage de l'agression

Un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application du fait d'un conflit armé, si une telle mesure devait avoir pour conséquence de lui procurer un avantage.

Article 16

Droits et obligations découlant du droit de la neutralité

Le présent projet d'articles est sans préjudice des droits et obligations des États découlant du droit de la neutralité.

Article 17

Autres cas d'extinction, de retrait ou de suspension

Le présent projet d'articles est sans préjudice de l'extinction, du retrait ou de la suspension de l'application résultant notamment:

- a) De l'accord des parties; ou
- b) D'une violation substantielle; ou
- c) De la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible; ou
- d) D'un changement fondamental de circonstances.

Article 18

Remise en vigueur des relations conventionnelles après un conflit armé

Le présent projet d'articles est sans préjudice du droit des États parties à un conflit armé de régler, après le conflit, sur la base d'un accord, la remise en vigueur des traités auxquels il a été mis fin ou dont l'application a été suspendue en raison du conflit armé.

Annexe

Liste indicative des catégories de traités visés dans le projet d'article 5

- a) Les traités portant sur le droit des conflits armés, y compris les traités relatifs au droit international humanitaire;
- b) Les traités déclarant, créant ou réglementant un régime ou un statut permanent ou des droits permanents connexes, y compris les traités établissant ou modifiant des frontières terrestres ou maritimes;
- c) Les traités d'amitié, de commerce et de navigation et les accords analogues concernant des droits privés;
- d) Les traités pour la protection des droits de l'homme;
- e) Les traités relatifs à la protection de l'environnement;
- f) Les traités relatifs aux cours d'eau internationaux et installations et ouvrages connexes;
- g) Les traités relatifs aux aquifères et installations et ouvrages connexes;
- h) Les traités multilatéraux normatifs;
- i) Les traités relatifs au règlement des différends entre États par des moyens pacifiques, notamment la conciliation, la médiation, l'arbitrage ou la saisine de la Cour internationale de Justice;
- j) Les traités relatifs à l'arbitrage commercial;
- k) Les traités relatifs aux relations diplomatiques;
- l) Les traités relatifs aux relations consulaires.

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs

66. Le texte des projets d'articles et commentaires y relatifs adopté par la Commission en première lecture à sa soixantième session est reproduit ci-après.

EFFETS DES CONFLITS ARMÉS SUR LES TRAITÉS

Article premier

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique aux effets des conflits armés sur les traités entre États, lorsqu'au moins un État est partie au conflit armé.

Commentaire

- 1) L'article premier pose, comme point de départ de l'élaboration des projets d'articles, la Convention de Vienne de 1969 sur le droit des traités (la «Convention de Vienne») dont l'article 73 dispose notamment que les dispositions de la Convention ne préjugent aucune question qui pourrait se poser à propos d'un traité du fait de l'ouverture d'hostilités entre États⁵⁸. Ainsi, les présents projets d'articles s'appliquent aux effets des conflits armés sur les traités entre États.
- 2) Le libellé du projet d'article premier s'inspire de l'article premier de la Convention de Vienne. La proposition «lorsque l'un des États au moins est partie au conflit armé», qui figure à la fin de la phrase, vise à indiquer que les projets d'articles doivent aussi envisager la situation d'États tiers parties à un traité avec un État impliqué dans un conflit armé. Les projets d'articles envisagent donc trois situations: a) les relations conventionnelles entre deux États engagés dans un conflit armé; b) les relations conventionnelles entre un État engagé dans un conflit armé avec un autre État et un État tiers qui n'est pas partie au conflit; et c) l'effet d'un conflit armé interne sur les relations conventionnelles de l'État concerné avec les États tiers.
- 3) À la Sixième Commission de l'Assemblée générale, plusieurs délégations ont déclaré que les projets d'articles devraient aussi s'appliquer aux traités qui sont appliqués, dans leur intégralité ou en partie, à titre provisoire⁵⁹. Pour la Commission, la question peut

⁵⁸ À sa quinzième session (1963), la Commission a conclu que le projet d'articles sur le droit des traités ne devait pas contenir de dispositions relatives aux effets de l'ouverture d'hostilités sur les traités, bien que cette question puisse soulever à la fois le problème de l'extinction des traités et celui de la suspension de leur application. Elle a estimé que l'étude de cette question comporterait inévitablement l'examen de l'effet des dispositions de la Charte relatives à la menace ou à l'emploi de la force sur la légitimité du recours auxdites hostilités; elle n'a pas pensé qu'il fallait traiter cette question dans le contexte de ses travaux en cours sur le droit des traités. *Annuaire ... 1963*, vol. II, par. 14. L'article 73, réservant expressément le problème, a été ajouté à la Conférence.

⁵⁹ Voir observations des Pays-Bas (2005), A/C.6/60/SR.18, par. 40, et de la Malaisie (2006), A/C.6/60/SR.19, par. 48.

être réglée par un renvoi aux dispositions de l'article 25 de la Convention de Vienne elle-même⁶⁰.

4) La question de l'effet sur les traités auxquels des organisations internationales sont parties n'a pas été envisagée dans les projets d'articles à ce stade. C'est pourquoi ils ne traitent pas de l'effet des conflits armés sur les traités auxquels des organisations internationales sont parties.

5) Du point de vue de sa structure, le présent projet d'articles est divisé en sept groupes: premièrement, les projets d'articles 1 et 2, relatifs au champ d'application et aux définitions, constituent une introduction. Deuxièmement, les projets d'articles 3, 4 et 5 contiennent les dispositions essentielles, en ce qu'ils exposent les fondements sur lesquels reposent les projets d'articles, qui visent à favoriser la stabilité et la continuité juridiques. Ils reflètent une présomption de continuité des relations conventionnelles. Troisièmement, les projets d'articles 6 et 7 déduisent des principes de base énoncés aux articles 3 à 5 un certain nombre de propositions juridiques fondamentales. Ces projets d'articles ont un caractère d'exposé. Quatrièmement, les projets d'articles 8 à 12 portent sur divers aspects accessoires de l'extinction, du retrait et de la suspension, en s'inspirant des dispositions correspondantes de la Convention de Vienne. Enfin, les conflits armés ont une influence non seulement sur le droit des traités mais aussi dans d'autres domaines du droit international, y compris les obligations que la Charte des Nations Unies met à la charge des États. C'est pourquoi les projets d'articles 13 à 18 traitent de questions diverses relatives à ces relations au moyen, notamment, de clauses «sans préjudice» ou de sauvegarde.

⁶⁰ Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1155, p. 331.

«Article 25

Application à titre provisoire

1. Un traité ou une partie d'un traité s'applique à titre provisoire en attendant son entrée en vigueur:

- a) Si le traité lui-même en dispose ainsi; ou
- b) Si les États ayant participé à la négociation en étaient ainsi convenus d'une autre manière.

2. À moins que le traité n'en dispose autrement ou que les États ayant participé à la négociation n'en soient convenus autrement, l'application à titre provisoire d'un traité ou d'une partie d'un traité à l'égard d'un État prend fin si cet État notifie aux autres États entre lesquels le traité est appliqué provisoirement son intention de ne pas devenir partie au traité.».

Article 2

Définitions

Aux fins du présent projet d'articles:

a) L'expression «traité» s'entend d'un accord international conclu par écrit entre États et régi par le droit international, qu'il soit consigné dans un instrument unique ou dans deux ou plusieurs instruments connexes, et quelle que soit sa dénomination particulière;

b) L'expression «conflit armé» s'entend d'un état de guerre ou d'un conflit qui implique des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'avoir une incidence sur l'application des traités entre les États parties au conflit armé ou entre un de ces États et un État tiers, indépendamment de toute déclaration de guerre formelle ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque des parties au conflit armé ou par l'ensemble de celles-ci.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 2 définit deux expressions clefs utilisées dans les projets d'articles.
- 2) L'alinéa *a* définit le terme «traité» en reproduisant mot pour mot le texte de l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 2 de la Convention de Vienne. Aucune distinction n'est faite entre traités bilatéraux et traités multilatéraux.
- 3) L'alinéa *b* définit le terme «conflit armé»; il s'agit d'une définition ad hoc aux fins du présent projet d'articles uniquement. Il ne s'agit pas de définir l'expression «conflit armé» aux fins du droit international en général, ce qui serait complexe et ne relève pas du sujet⁶¹.

⁶¹ Voir la résolution de 1985 de l'Institut de droit international intitulée «Les effets des conflits armés sur les traités», adoptée le 28 août 1985 à la session d'Helsinki – 1985:

«Article premier

Aux fins de la présente Résolution, on entend par “conflit armé” un état de guerre ou un conflit international qui impliquent des opérations armées susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'affecter l'application de traités entre les États parties au conflit armé ou entre les États parties au conflit armé ou des États tiers, indépendamment de toute déclaration formelle de guerre ou de toute autre déclaration faite par l'une quelconque ou l'ensemble des parties au conflit armé.».

Disponible à l'adresse http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1985_hel_03_fr.pdf. Il convient de noter que l'article 73 de la Convention de Vienne sur le droit des traités vise «l'ouverture d'hostilités entre États» et que dans le jugement *Le Procureur c. Duško Tadić*, le Tribunal indique qu'«... un conflit armé existe chaque fois qu'il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d'un État». Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie, affaire n° IT-94-1-A72, *Le Procureur c. Duško Tadić, alias «DULE»*, Chambre d'appel, 2 octobre 1995, par. 70 (1994-1995), 1 ICTY JR 352, par. 70.

4) Cette définition s'applique aux relations conventionnelles entre États parties à un conflit armé, ainsi qu'entre un État partie à un conflit armé et un État tiers. Le libellé de la disposition, en particulier les mots «entre un de ces États et un État tiers», vise à couvrir les effets d'un conflit armé qui peuvent varier selon les circonstances. C'est pourquoi cette définition englobe aussi le cas où le conflit armé n'affecte l'application du traité qu'à l'égard d'une des parties à celui-ci, et elle tient compte du fait qu'un conflit armé peut affecter les obligations de parties à un traité de différentes manières. Ces mots servent aussi à inclure dans le champ d'application du projet d'articles les effets éventuels d'un conflit armé interne sur les relations conventionnelles de l'État concerné par un tel conflit avec un autre État. L'accent est mis sur les effets sur l'application ou le fonctionnement du traité, non sur le traité lui-même.

5) Pour ce qui est de la condition d'intensité qu'impliquent les mots «susceptibles, de par leur nature ou leur ampleur, d'avoir une incidence sur», on a préservé une certaine souplesse pour tenir compte de la grande diversité des situations historiques. Ainsi, dans certains cas, on peut dire que le degré d'intensité est moins pertinent, dans le cas par exemple d'un conflit larvé dans une région frontalière qui, malgré sa faible intensité, affecte radicalement l'application des traités bilatéraux régissant le contrôle du trafic frontalier. D'autre part, il est aussi reconnu qu'il existe des situations historiques dans lesquelles un conflit armé, de par son ampleur et sa nature, a effectivement une incidence sur l'application des traités.

6) Il a aussi été jugé souhaitable d'inclure les situations impliquant un état de guerre en l'absence d'actions armées entre les parties⁶². Ainsi, la définition englobe l'occupation de territoire qui ne rencontre aucune résistance armée. Dans ce contexte, les dispositions de la Convention de La Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas de conflit armé présentent un intérêt considérable. C'est ainsi que l'article 18 de ce texte dispose notamment:

«Article 18 – Application de la Convention

1. En dehors des dispositions qui doivent entrer en vigueur dès le temps de paix, la présente Convention s'appliquera en temps de guerre déclarée ou de tout autre

⁶² Voir A. McNair et A. D. Watts, *The Legal Effects of War*, (Cambridge: Cambridge University Press, 1966) (4^e éd.), p. 2 et 3.

conflit armé surgissant entre deux ou plusieurs des Hautes Parties contractantes, même si l'état de guerre n'est pas reconnu par une ou plusieurs d'entre elles.

2. La Convention s'appliquera également dans tous les cas d'occupation de tout ou partie du territoire d'une Haute Partie contractante, même si cette occupation ne rencontre aucune résistance militaire.».

7) Pour des raisons similaires, le projet d'articles s'applique aussi aux blocus, même en l'absence d'actions armées entre les parties⁶³.

8) Les conflits armés contemporains ont brouillé la distinction entre conflits armés internationaux et internes. Le nombre des guerres civiles a augmenté et ces guerres sont statistiquement plus fréquentes que les conflits armés internationaux. De plus, nombre de ces «guerres civiles» comprennent des «éléments extérieurs», par exemple l'appui et la participation à divers degrés d'autres États, la fourniture d'armes, la mise à disposition d'installations d'entraînement et de fonds, etc. Les conflits armés internes peuvent affecter l'application des traités autant, sinon plus, que les conflits armés internationaux. Les projets d'articles portent donc également sur les effets des conflits armés internes sur les traités.

9) La définition du terme «conflit armé» ne distingue pas entre «conflit armé international» et «conflit armé interne» pour ne pas refléter des considérations factuelles ou juridiques dans le projet d'article et ce faisant courir le risque d'interprétations *a contrario*.

Article 3

Caractère contingent de l'extinction ou de la suspension de l'application

Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas nécessairement l'extinction des traités ni la suspension de leur application:

- a) Entre les États parties au conflit armé;
- b) Entre un État partie au conflit armé et un État tiers.

⁶³ Ibid., p. 20 et 21.

Commentaire

1) L'article 3 est d'une importance primordiale. Il pose le principe fondamental de la stabilité et la continuité juridiques. À cette fin, il reprend les dispositions clefs de la résolution de 1985 de l'Institut de droit international, en modifiant la situation juridique en faveur d'un régime établissant une présomption, à savoir que le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas en lui-même l'extinction du traité ou la suspension de son application. Dans le même temps, la Commission reconnaît qu'il n'est pas facile de concilier le principe de stabilité consacré à l'article 3 avec le fait que l'éclatement d'un conflit armé peut mettre fin à des obligations conventionnelles ou en suspendre l'application.

2) Ce libellé reprend l'article 2⁶⁴ de la résolution adoptée par l'Institut de droit international en 1985. Un certain nombre d'ouvrages de doctrines ont défendu ce principe. On peut lire dans *Oppenheim's International Law* qu'«on estime assez généralement qu'en aucun cas la guerre n'annule tous les traités»⁶⁵. Lord McNair, exprimant une opinion essentiellement britannique, déclare: «Il est ainsi clair que la guerre ne met pas fin par elle-même aux obligations conventionnelles qui existaient entre les belligérants avant qu'elle n'éclate.»⁶⁶. Lors des travaux menés à l'Institut en 1983, Briggs a déclaré:

«Notre première règle – et la plus importante – est que le seul déclenchement d'un conflit armé (qu'il s'agisse d'une guerre déclarée ou non) n'annule pas *ipso facto* les traités en vigueur entre les parties au conflit ni n'en suspend l'application. Ceci est établi en droit international.»⁶⁷.

3) La Commission s'est demandé s'il convenait de remplacer «nécessairement» par «automatiquement» pour rester plus près du titre de l'article en anglais, mais elle a décidé de ne pas le faire car «nécessairement» est plus proche de «*ipso facto*», expression

⁶⁴ L'article 2 de la résolution de l'Institut se lit comme suit:

«Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction des traités en vigueur entre les parties au conflit armé, ni la suspension de leur application.».

⁶⁵ Hersch Lauterpacht (dir. publ.), *Oppenheim's International Law*, vol. II, *Disputes, War and Neutrality*, (Longman: 1948), p. 302.

⁶⁶ A. Mc Nair, *The Law of Treaties*, (Oxford: Clarendon, 1961), p. 697.

⁶⁷ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (I), p. 8 et 9; et voir également H. Briggs, *The Law of Nations*, (Londres: Stevens & Sons, 1953) (2^e éd.), p. 938.

fréquemment employée dans ce contexte, comme dans les articles 2 et 5⁶⁸ de la résolution adoptée par l'Institut de droit international.

4) Pour être plus en accord avec l'article 2, relatif aux définitions, l'alinéa *a* vise les «États parties» au conflit armé et l'alinéa *b* l'application des traités entre «un État partie» au conflit armé et un État tiers.

5) La possibilité de faire figurer le retrait d'une partie parmi les conséquences du déclenchement d'un conflit armé, avec la suspension de l'application et l'extinction, à l'article 3 a été envisagée mais rejetée, car le retrait implique une décision consciente de l'État, alors que l'article 3 traite de l'application automatique du droit.

Article 4

Indices permettant de conclure à la possibilité de l'extinction, du retrait ou de la suspension de l'application

Pour déterminer si un traité est susceptible d'extinction ou de suspension de son application en cas de conflit armé, ou s'il peut faire l'objet d'un retrait en tel cas, il faut se référer:

a) Aux articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités; et

b) À la nature et à l'ampleur du conflit armé, à l'effet du conflit armé sur le traité, au contenu du traité et au nombre de parties au traité.

Commentaire

1) L'article 4 découle de la teneur de l'article 3. L'éclatement d'un conflit armé ne met nécessairement fin à l'application d'un traité ni ne la suspend. Il s'agit d'une autre disposition clef du projet d'articles.

2) À la différence de l'article 3, l'article 4 prévoit le retrait d'une partie parmi les possibilités ouvertes aux États parties à un conflit armé. L'évocation du retrait à l'article 4 crée un contexte approprié pour son inclusion dans des articles connexes postérieurs.

⁶⁸ L'article 5 de la résolution de l'Institut est ainsi libellé:

Le déclenchement d'un conflit armé n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction ni la suspension de l'application des traités bilatéraux en vigueur entre une partie à ce conflit et des États tiers.

Le déclenchement d'un conflit armé entre des parties à un traité multilatéral n'entraîne pas *ipso facto* l'extinction de ce traité ni la suspension de son application entre les autres parties contractantes ou entre celles-ci et les États parties au conflit armé.

3) En ce qui concerne les *indices* énumérés aux alinéas *a* et *b*, il a été proposé de remplacer le mot «*indices*» par, entre autres termes, «facteurs» et «critères», mais la Commission a décidé de conserver «*indices*» pour ne pas donner à penser qu'il s'agit de conditions établies: il s'agit de simples indications de prédisposition qui seront pertinentes dans tel ou tel cas en fonction des circonstances.

4) Il est également entendu que les indices énumérés à l'alinéa *b* ne doivent pas être considérés comme exhaustifs. De fait, on se souviendra que les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne, visés à l'alinéa *a*, prévoient eux-mêmes un certain nombre d'indices à prendre en considération.

5) On s'est demandé si la question de la licéité de l'emploi de la force devait également être considérée comme un des facteurs à prendre en considération dans le cas de l'article 4, mais il a été décidé que la question serait réglée dans le contexte de l'application des articles 13 à 15.

6) On ne peut supposer que l'effet d'un conflit armé entre des parties au même traité sera le même que l'effet sur les traités entre une partie à un conflit armé et un État tiers.

Article 5

Traités dont le contenu implique qu'ils sont applicables

Dans le cas des traités dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer, dans leur intégralité ou en partie, durant un conflit armé, la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même leur application.

Commentaire

1) L'article 5 est déclaratoire et concerne les cas où, en raison de la matière objet du traité, l'application de celui-ci ou de certaines de ses dispositions n'est pas affectée par le déclenchement d'un conflit armé⁶⁹.

⁶⁹ Il trouve son origine dans l'ancien projet d'article 7 proposé par le Rapporteur spécial, qui était ainsi libellé:

«Application des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils sont applicables

1. Dans le cas des traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils continuent de s'appliquer durant un conflit armé, la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même leur application.

2. Les traités de cette nature comprennent: [...]».

2) Le mot «nécessairement» qui qualifiait le verbe «impliquer» dans le texte original a été supprimé pour éviter toute contradiction avec l'article 4. De plus, l'expression «l'objet et le but» initialement utilisée a été remplacée par «le contenu» sur la recommandation du Groupe de travail. Le texte anglais a été affiné, le mot «*inhibit*» ayant été remplacé par «*affect*», qui correspond mieux à la terminologie utilisée dans les projets d'articles.

3) Le texte proposé par le Rapporteur spécial pour le projet d'article 7 comprenait une liste des catégories de traités dont le contenu impliquait nécessairement qu'ils restaient applicables durant un conflit armé. L'établissement d'une telle liste a suscité des divergences d'opinions aussi bien au sein de la Commission qu'à la Sixième Commission.

4) Lors du débat que la Commission a eu à sa session de 2005, le Rapporteur spécial a expliqué comme suit l'esprit général des dispositions du projet d'article 7:

«... [L]e projet d'article 7 portait sur les catégories de traités dont l'objet et le but impliquaient nécessairement qu'ils resteraient applicables pendant un conflit armé. Le paragraphe 1 énonçait le principe fondamental selon lequel la survenance d'un conflit armé n'empêche pas en elle-même l'application de ces traités. Le paragraphe 2 contenait une liste indicative de certaines catégories de traités concernés. On a fait observer que cette catégorisation avait pour effet de créer un ensemble de présomptions faibles et réfutables quant à l'objet et au but des traités de ce type, c'est-à-dire comme preuve de l'objet et du but du traité à l'effet qu'il survit à une guerre. Le Rapporteur spécial a précisé que s'il ne souscrivait pas à toutes les catégories énumérées dans la liste, il les avait toutes reprises pour que la Commission puisse les examiner. La liste tenait compte de la position de plusieurs générations d'auteurs et correspondait à des situations que l'on retrouvait dans la pratique des États, en particulier celle des États-Unis à partir de 1940. Quoique étroitement lié aux articles 3 et 4, le projet d'article était essentiellement déclaratif et pouvait dès lors être supprimé.»⁷⁰.

5) À la Sixième Commission, lors de la soixantième session de l'Assemblée générale, en 2005, la catégorisation a, par exemple, fait l'objet d'un commentaire soigneusement formulé du représentant des États-Unis:

⁷⁰ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 167.

«L'article 7 traite de l'application des traités du point de vue des implications – de leur objet et de leur but. De tous les projets d'articles, il est le plus complet. Il mentionne 12 catégories de traités dont l'objet et le but impliquent nécessairement qu'ils continuent d'être applicables lors des conflits armés. Cette catégorisation des traités est problématique car les traités ne rentrent pas automatiquement dans une des catégories citées. Il n'est également pas facile de classer des dispositions particulières car les termes utilisés pour des dispositions similaires et l'intention des parties peuvent varier d'un traité à l'autre. Il serait plus utile que la Commission énumère les facteurs qui permettraient de conclure qu'un traité – ou certaines de ses dispositions – demeure en vigueur, doit être suspendu ou doit s'éteindre en cas de conflit armé. La détermination de tels facteurs fournirait, dans bien des cas, une information et des orientations utiles aux États sur la manière de procéder.»⁷¹.

6) La Commission a ainsi décidé de faire figurer une telle liste dans une annexe du projet d'articles. Une annexe contenant une liste des catégories de traités dont le contenu implique qu'ils continuent de s'appliquer en tout ou en partie pendant un conflit armé est jointe au présent projet d'articles. Bien que l'accent soit mis sur les catégories de traités, il se peut très bien que seul le contenu de dispositions particulières du traité implique nécessairement le maintien en vigueur de ces dispositions. Il a de plus été décidé que le contenu du paragraphe 1 de l'ancien projet d'article 7, moyennant un remaniement, serait placé après l'article 4, en tant qu'article 5. Une proposition visant à en faire un paragraphe supplémentaire de l'article 4 a été rejetée au motif qu'une telle solution aurait affecté l'équilibre de l'article.

7) La liste est uniquement indicative et l'ordre dans lequel les catégories de traités y figurent n'implique aucune sorte de priorité. De plus, la Commission reconnaît que dans certains cas les catégories se recoupent et qu'il y aura des chevauchements. La Commission a décidé de ne pas faire figurer dans la liste de catégorie renvoyant au *jus cogens*. Cette catégorie n'est pas qualitativement comparable aux autres. Celles-ci se distinguent selon la matière, alors que le *jus cogens* traite de plusieurs matières. Il est entendu que les dispositions de l'article 5 sont sans préjudice de l'effet des principes ou règles relevant du *jus cogens*. Certains membres étaient néanmoins d'avis que les traités

⁷¹ Résumé dans A/C.6/60/SR.20, par. 34.

consacrant des normes du *jus cogens* constituaient une catégorie qui méritait de figurer dans la liste.

8) Le choix des catégories de traités repose en grande partie sur la doctrine, ainsi que sur la pratique des États. La Commission reconnaît qu'on ne doit pas s'attendre à un flux substantiel d'informations en provenance des États attestant leur pratique. De plus, il est extrêmement difficile de cerner la pratique pertinente des États dans ce domaine. Souvent, en effet, des exemples qui semblent à première vue pertinents concernent en fait des principes juridiques qui n'ont aucun rapport avec les effets des conflits armés sur les traités en tant que questions juridiques spécifiques. Ainsi, certains des exemples de pratique récente des États qui ont été cités se rapportent, pour l'essentiel, aux effets d'un changement fondamental de circonstances ou à la survenance d'une situation rendant l'exécution impossible et ne sont, par conséquent, pas pertinents. Dans certains cas, comme celui des traités créant des régimes permanents, la pratique des États est fermement établie. D'autres catégories sont solidement étayées par la jurisprudence des tribunaux internes et par certains avis adressés à ceux-ci par l'exécutif, mais les catégories ne sont pas nécessairement étayées par la pratique au sens classique.

a) *Traités relatifs au droit des conflits armés, y compris les traités relatifs au droit international humanitaire*

9) Les sources reconnaissent inévitablement que les traités expressément applicables à la conduite d'hostilités ne sont pas affectés en cas de conflit armé. La pratique britannique est décrite comme suit par Lord McNair:

«Il est abondamment établi que les traités qui visent expressément à régler les relations entre les parties contractantes durant une guerre, y compris la conduite effective de la guerre, demeurent en vigueur en temps de guerre et n'ont pas besoin d'être remis en vigueur une fois la guerre terminée.»⁷².

⁷² A. McNair, *The Law of Treaties*, (voir *supra*, note 66), p. 704.

«Il existait lorsque la Première Guerre mondiale a éclaté un certain nombre de traités (auxquels un ou plusieurs États neutres étaient parties) dont l'objet était de régler la conduite des hostilités, par exemple la Déclaration de Paris de 1856, et certaines des Conventions de La Haye de 1899 et 1907. On considérait que ces traités n'étaient pas affectés par la guerre et demeuraient en vigueur, et de nombreuses décisions de tribunaux britanniques des prises les invoquent. De plus, ils n'ont pas été spécifiquement remis en vigueur par les traités de paix ou en application de ceux-ci. Il est difficile de dire si ce résultat juridique est attribuable au fait que les parties contractantes comprenaient certains États neutres ou à la nature de ces traités, considérés comme source de règles

10) Ce principe est généralement admis tant par la doctrine que dans la pratique des États. En 1963, le Conseiller juridique du Département de la défense des États-Unis, se référant à l'application en temps de guerre du Traité d'interdiction des essais nucléaires, a déclaré ce qui suit⁷³:

«J'estime, et le Conseiller juridique du Département d'État partage cette opinion, que ce traité ne peut légitimement être interprété ainsi.».

Il poursuivait:

«... Il convient de noter qu'il est de pratique courante dans les traités interdisant l'emploi de certaines armes ou certains actes en temps de guerre d'indiquer expressément qu'ils s'appliquent en temps de guerre, afin d'empêcher l'application de la règle selon laquelle la guerre peut suspendre l'application des traités ou les annuler entre les parties belligérantes (voir *Karnuth v. United States*, 279 U.S. 231, 236 à 239; *Oppenheim's International Law*, vol. II, 7^e éd., p. 302 à 306)⁷⁴...

En l'espèce, il n'y a pas de disposition interdisant expressément l'emploi d'armes nucléaires en temps de guerre; on doit donc supposer qu'une telle interdiction n'existe pas.».

générales de droit censées s'appliquer en temps de guerre, mais on estime que c'est cette dernière opinion qui était considérée comme la bonne. Si l'on veut des preuves attestant que les Conventions de La Haye étaient considérées par le Gouvernement du Royaume-Uni comme en vigueur après que la paix eut été conclue, on les trouve dans les nombreux renvois à ces conventions dans les listes britanniques annuelles d'"adhésions, retraits, etc." publiées ces dernières années dans le Recueil des traités britannique [*British Treaty Series*], et dans la dénonciation en 1925 par le Royaume-Uni de la Convention VI de La Haye de 1907. De même, en 1923, le Gouvernement du Royaume-Uni a répondu à un gouvernement étranger qui lui demandait s'il considérait la Convention de Genève du 6 juillet 1906 relative à la Croix-Rouge comme en vigueur entre les ex-puissances alliées et les ex-puissances ennemies, que pour le Gouvernement de Sa Majesté, cette convention, faisant partie d'une catégorie de traités dont l'objet était de réglementer la conduite des belligérants en temps de guerre, n'était pas affectée par le déclenchement de la guerre.».

⁷³ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, p. 509 et 510.

⁷⁴ Voir par exemple: «Déclaration concernant l'usage de certains projectiles en temps de guerre (Saint-Petersbourg, 29 novembre-11 décembre 1868); Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de projectiles répandant des gaz asphyxiants ou délétères, La Haye, 29 juillet 1899; Déclaration concernant l'interdiction de l'emploi de balles qui s'épanouissent ou s'aplatissent facilement dans le corps humain (balles dum-dum), La Haye, 29 juillet 1899; Convention internationale concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, La Haye, 18 octobre 1899; Protocole concernant la prohibition d'emploi à la guerre de gaz asphyxiants, toxiques ou similaires et de moyens bactériologiques, Genève, 17 juin 1925; Conventions de Genève de 1949 relatives aux blessés ou malades (art. 2), aux prisonniers de guerre (art. 2) et aux civils (art. 2);...».

11) Certains membres de la Commission se sont demandé si cette catégorie était nécessaire puisque l'article 7 disposait que les traités qui le prévoyaient continuaient de s'appliquer dans les situations de conflit armé. Comme on l'a déjà dit, la liste n'est qu'indicative. De plus, la présente rubrique est plus large que la catégorie des traités expressément applicables durant les conflits armés. Elle englobe d'une manière générale les traités relatifs au droit des conflits armés, notamment les traités de droit international humanitaire. En 1785 déjà, l'article 24 du traité d'amitié et de commerce entre la Prusse et les États-Unis d'Amérique disposait expressément que la guerre n'avait aucun effet sur ses dispositions de droit humanitaire⁷⁵. De plus, le *Third Restatement of the Law*, tout en rappelant qu'en droit international classique le déclenchement d'une guerre entre des États mettait fin aux accords les liant ou en suspendait l'application, reconnaît que «les accords régissant la conduite des hostilités subsistaient, puisqu'ils étaient conçus pour être appliqués en temps de guerre...»⁷⁶. Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a jugé que «comme dans le cas des principes du droit humanitaire applicables dans les conflits armés, le droit international ne laisse aucun doute quant au fait que le principe de neutralité, quel qu'en soit le contenu et parce qu'il présente un caractère fondamentalement semblable à celui des principes et règles humanitaires, s'applique (sous réserve des dispositions pertinentes de la Charte des Nations Unies) à tous les conflits armés internationaux, quel que soit le type d'arme utilisé»⁷⁷.

12) Quoi qu'il en soit, l'implication de continuité n'affecte pas l'application du droit des conflits armés en tant que *lex specialis* applicable aux conflits armés. L'identification de cette rubrique n'envisage pas les nombreuses questions qui peuvent se poser en relation avec l'application de ce droit. Elle n'est pas non plus déterminante quant aux conclusions à tirer sur l'applicabilité des principes et règles du droit humanitaire dans certains contextes.

⁷⁵ Traité d'amitié et de commerce conclu par la Prusse et les États-Unis d'Amérique à La Haye, art. 24 (10 septembre 1785), cité dans H. W. Verzijl (dir. publ.), *International Law in Historical Perspective* (Leyden, Sijthoff, 1973), p. 371.

⁷⁶ American Law Institute, *Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States*, par. 336 e) (1987).

⁷⁷ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, Avis consultatif, C.I.J. Recueil 1996, par. 89 (8 juillet 1996).

- b) *Traités déclarant, créant ou réglementant un régime ou statut permanent ou des droits permanents connexes, y compris les traités établissant ou modifiant des frontières terrestres ou maritimes*

13) Plusieurs générations d'auteurs reconnaissent qu'un conflit armé n'abroge pas les traités déclarant, créant ou réglementant un régime ou statut permanent ou des droits permanents connexes, ni n'en suspend l'application. Les accords en cause sont notamment des accords portant cession de territoires, les traités d'union, les traités neutralisant une partie du territoire d'un État, les traités créant ou modifiant des frontières, et les traités créant des droits exceptionnels d'utilisation ou d'accès en ce qui concerne le territoire d'un État.

14) Il existe une pratique des États confirmant que de tels accords ne sont pas affectés par le déclenchement d'un conflit armé. McNair décrit la pratique britannique en la matière⁷⁸ et Tobin affirme que d'une manière générale la pratique correspond à la doctrine⁷⁹. Lors de l'arbitrage dans l'affaire des *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord*, le Gouvernement britannique affirmait que les droits que les États-Unis tiraient du Traité de 1783 en matière de pêcheries avaient été abrogés par la guerre de 1812. Le Tribunal ne l'a pas suivi et a déclaré: «Le droit international moderne considère qu'un grand nombre d'obligations conventionnelles ne sont pas annulées par la guerre mais tout au plus suspendues.»⁸⁰.

15) De même, dans l'affaire *Meyer's Estate*, une cour d'appel des États-Unis s'est prononcée sur le caractère permanent des dispositions des traités se rapportant à des territoires – à savoir les traités «transitoires» ou dits de disposition – déclarant que «la jurisprudence semblerait unanime à dire que l'application des traités dits de disposition, en tout ou en partie, n'est en rien incompatible avec la politique du gouvernement, la sûreté de la nation, ou le recours à la guerre. Ces dispositions sont compatibles avec l'état de guerre, qui ne les abroge pas.»⁸¹.

⁷⁸ McNair, *Law of Treaties*, (voir *supra*, note 66), p. 704 à 715.

⁷⁹ H. J. Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, (New York: Columbia University Press, 1933), p. 137 et suiv.

⁸⁰ *Pêcheries côtières de l'Atlantique Nord* (Grande-Bretagne/États-Unis), sentence datée du 7 septembre 1910, p. 181, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 167. Voir également Parry, *British Digest*, vol. 2B, 1967, p. 585 à 605.

⁸¹ 107 cour d'appel 2d 799, 805 (1981).

16) Les auteurs souscrivant à cette proposition sont notamment Hall⁸², Hurst⁸³, Oppenheim⁸⁴, Fitzmaurice⁸⁵, McNair⁸⁶, Rousseau⁸⁷, Guggenheim⁸⁸, Daillier et Pellet⁸⁹, Aust⁹⁰, Tobin⁹¹, Delbrück⁹², Stone⁹³, et Curti Gialdino⁹⁴.

17) Le recours à cette catégorie crée toutefois certains problèmes. En particulier, les traités de cession et autres traités affectant un territoire de manière permanente créent des droits permanents. Comme l'a fait observer Hurst: «Ce sont les droits acquis découlant des traités qui sont permanents, non les traités eux-mêmes.»⁹⁵. En conséquence, si de tels traités sont exécutés, ils ne peuvent être affectés par un conflit armé opposant ultérieurement les parties.

18) Une autre source de difficultés tient au fait que les limites de la catégorie sont dans une certaine mesure incertaines. Trois domaines d'activité posent problème. Le premier est l'utilisation de traités comme garantie. Il s'agit d'un vaste sujet⁹⁶ et il est clair que l'effet d'un conflit armé dépendra de l'objet et du but précis du traité de garantie. Les traités visant à garantir un état de choses permanent, comme la neutralité permanente d'un

⁸² William Edward Hall, *A Treatise on International Law*, A. Pearce Higgins (dir. publ.), (Clarendon: Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924) 8^e éd., p. 456 et 457.

⁸³ Cecil J. B. Hurst, «Effect of War on Treaties» *BYBIL*, vol. 2 (1921-1922), p. 37 à 47.

⁸⁴ Lassa Oppenheim (H. Lauterpacht (dir. publ.) *International Law*, vol. II, (Londres: Longmans, Green & Co., 1948), 7^e éd., p. 304.

⁸⁵ G. G. Fitzmaurice, «The Juridical clauses of the peace treaties», *Recueil des Cours...*, vol. 73 (1948-II), p. 312 et 313.

⁸⁶ McNair, *Law of Treaties*, (voir *supra*, note 66), p. 704 à 710 et 720.

⁸⁷ Charles Rousseau, *Droit international public*, tome I, (Paris: Sirey, 1970), p. 223.

⁸⁸ Paul Guggenheim, *Traité de droit international public*, tome I, (Genève, Librairie de l'Université, 1967), 2^e éd., p. 241 et 242.

⁸⁹ Patrick Daillier et Alain Pellet, *Droit international public*, (Paris: L. G. D. J., 2003), 7^e éd., p. 309.

⁹⁰ Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), p. 244.

⁹¹ Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties* (voir *supra*, note 79), p. 50 à 69.

⁹² Jost Delbrück, «War Effect on Treaties», dans Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 4, 2000, p. 1370.

⁹³ Julius Stone, *Legal Controls of International Conflict*, (New York: Rinehart & Company, 1959), édition révisée, p. 448.

⁹⁴ Agostino Curti Gialdino, *Gli Effetti della Guerra sui Trattati*, (Milan: Dott. A. Giuffrè, 1959), p. 240 et 245.

⁹⁵ Hurst, «Effect of War on Treaties» (voir *supra*, note 83), p. 46. Voir également Fitzmaurice, «The Juridical clauses of the peace treaties» (voir *supra*, note 89), p. 313 et 314, et 317.

⁹⁶ Voir Verzijl, *International Law in Historical Perspective*, (voir *supra*, note 75), p. 457 à 459; Tobin, (voir *supra*, note 79), 1933, p. 55 à 69; Georg Ress, «Guarantee Treaties», Bernhardt (dir. publ.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 2, p. 934 à 937; McNair, (voir *supra*, note 66), 1961, p. 239 à 254.

territoire, ne seront pas abrogés par un conflit armé. Ainsi, comme le fait observer McNair, «les traités créant et garantissant la neutralité permanente de la Suisse, de la Belgique ou du Luxembourg sont assurément politiques mais ils n'ont pas été abrogés par le déclenchement de la guerre parce qu'il est clair que leur objet était de créer un régime ou statut permanent»⁹⁷.

19) Un certain nombre d'auteurs rangent dans la catégorie des traités créant des droits ou un statut permanents les accords relatifs à l'octroi de droits réciproques aux nationaux et à l'acquisition de la nationalité. Il faut toutefois, dans une certaine mesure, distinguer ces traités de ceux portant cession de territoire ou relatifs à des frontières s'agissant des raisons pour lesquelles on considère qu'ils ne sont pas susceptibles d'abrogation. Ils sont donc plus à leur place dans la catégorie plus large des traités d'amitié, de commerce et de navigation et autres accords régissant des droits privés. Cette catégorie est examinée ci-après.

20) Lorsqu'ils ont réglementé le droit des traités, la Commission et les États ont dans une certaine mesure reconnu un statut particulier aux traités établissant une frontière. Le paragraphe 2 a) de l'article 62 de la Convention de Vienne dispose qu'un changement fondamental de circonstances ne peut pas être invoqué comme motif pour mettre fin à un traité ou pour s'en retirer s'il s'agit d'un traité établissant une frontière. On a considéré que ces traités constituaient une exception à la règle, sans quoi, au lieu d'être un instrument d'évolution pacifique, la règle pourrait devenir la cause de dangereux froissements⁹⁸. La Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités retient la même solution s'agissant de la permanence des traités frontaliers, en ce qu'elle dispose, en son article 11, qu'«[u]ne succession d'États ne porte pas atteinte en tant que telle à une frontière établie par un traité, ni aux obligations et droits établis par un traité et se rapportant au régime d'une frontière...»⁹⁹. Bien que ces exemples ne relèvent pas directement de la question des effets des conflits armés sur les traités, ils n'en montrent pas moins que ces types d'arrangements ont un statut spécial.

⁹⁷ McNair, (voir *supra*, note 66), p. 703.

⁹⁸ Par. 11 du commentaire de la Commission relatif au projet d'article 59 [art. 62 de la Convention de Vienne] (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents de la Conférence*, p. 85). L'exception à la règle du changement fondamental de circonstances en faveur des traités établissant une frontière, bien qu'ayant rencontré l'opposition de plusieurs États, a été approuvée par une très grande majorité des États à la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités.

⁹⁹ Convention de Vienne sur la succession d'États en matière de traités, Nations Unies, *Recueil des traités*, vol. 1946, p. 3.

c) *Traités d'amitié, de commerce et de navigation et accords analogues concernant des droits privés*

21) Ces traités constituent une catégorie très importante de conventions internationales et annoncent les traités bilatéraux plus récents concernant les investissements. La nomenclature est diverse et ces traités sont souvent appelés traités d'établissement ou traités d'amitié. Ils ne doivent pas être confondus avec les traités commerciaux ordinaires. Un nombre respectable d'auteurs considèrent que les traités d'amitié, de commerce et de navigation (ou d'établissement) ne sont pas abrogés par un conflit armé, et notamment Hurst¹⁰⁰, Tobin¹⁰¹, McNair¹⁰², Fitzmaurice¹⁰³ et Verzijl¹⁰⁴.

22) Cette catégorie de traités comprend d'autres traités relatifs à l'octroi de droits réciproques aux nationaux résidant sur le territoire des parties contractantes concernées, notamment les droits d'acquérir des biens immobiliers, de céder de tels biens et d'en hériter¹⁰⁵. Sont associés à cette catégorie les accords concernant l'acquisition et la perte de la nationalité et d'autres questions d'État, y compris le mariage et la tutelle¹⁰⁶.

23) La raison de principe pour laquelle un statut particulier est accordé à cette catégorie de traités est essentiellement le souci de la sécurité juridique des nationaux et des autres intérêts privés en jeu, associé à la condition de réciprocité. Il n'est donc pas surprenant que la pratique des États confirmant que ces traités ne sont pas abrogés en cas de conflit armé soit abondante.

¹⁰⁰ Hurst, *Law*, (voir *supra*, note 83), vol. 2 (1921-1922), p. 43 et 44.

¹⁰¹ Tobin, *The Termination of Multipartite Treaties*, (voir *supra*, note 79), 1933, p. 82 à 87.

¹⁰² McNair, *Law of Treaties*, 1961, (voir *supra*, note 66), p. 713 à 715 et 718 et 719.

¹⁰³ Fitzmaurice, *Recueil des Cours*, (voir *supra*, note 85), vol. 73 (1948, II), p. 314 et 315.

¹⁰⁴ Verzijl, (voir *supra*, note 75), p. 382 à 385. Voir également l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550), par. 37 à 46. On peut lire au paragraphe 46 de cette étude qu'il existe de nombreux précédents aux États-Unis d'Amérique, appuyés par la jurisprudence en Grande-Bretagne, qui établissent que les conventions de réciprocité en matière de successions demeurent en vigueur en temps de conflit armé. Cette position est conforme à la thèse largement défendue par de nombreux tribunaux et auteurs, selon laquelle les traités compatibles avec la politique nationale en période de conflit armé doivent être maintenus en vigueur dans la mesure où ils portent exclusivement sur des droits subjectifs. Or, la Cour de cassation française est arrivée à la conclusion inverse, et la question n'est donc pas réglée en droit international.

¹⁰⁵ Voir McNair, (voir *supra*, note 66), p. 711; Fitzmaurice, (voir *supra*, note 85), p. 315; Verzijl, (voir *supra*, note 75), p. 382 à 385; étude du Secrétariat, p. 37 à 46 et 67 et 76; *Oppenheim's International Law*, (voir *supra*, note 84), p. 304.

¹⁰⁶ Voir McNair, (voir *supra*, note 66), p. 714; et Verzijl, (voir *supra*, note 75), p. 385.

24) En 1931, le Département fédéral suisse de la justice et de la police n'a pas admis que des traités d'établissement et de commerce puissent être abrogés ou leur application suspendue dans les relations entre un belligérant et un État neutre¹⁰⁷. Lors des négociations pertinentes, la position du Gouvernement britannique était à l'opposé de celle de la Suisse. La pratique des États-Unis, quant à elle, a été influencée par certaines décisions judiciaires, et son évolution – au sens où un traité reste en vigueur bien qu'une guerre ait éclaté – est illustrée dans une lettre adressée à l'Attorney général par le Secrétaire d'État par intérim, M. Grew¹⁰⁸.

¹⁰⁷ *Répertoire suisse de droit international public*, p. 188 à 191.

¹⁰⁸ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, p. 495 à 497.

«En 1945, l'Attorney général Biddle a demandé au sujet des procès concernant les successions dans lesquelles le Gardien des biens des étrangers (Alien Property Custodian) avait regroupé les intérêts des nationaux allemands, si le Département d'État considérait comme le Département de la justice que les dispositions des articles I et IV du Traité d'amitié, de commerce et consulaire du 8 décembre 1923 qui liait les États-Unis à l'Allemagne (United States Treaty Series 725; 44 United States Statutes at Large 2132; Société des Nations, *Recueil des Traités*, vol. 52, p. 157) n'avaient pas été abrogées par la guerre mais étaient toujours en vigueur. Dans sa réponse datée du 21 mai 1945 à l'Attorney général, le Secrétaire d'État par intérim, M. Grew, déclarait ce qui suit:

“L'article premier du Traité a un large champ d'application, et confère aux ressortissants de chacune des Hautes Parties contractantes le droit de pénétrer et de résider dans les territoires de l'autre partie, le droit d'y exercer diverses activités professionnelles, d'y posséder ou d'y louer des immeubles et des terrains, et de ne faire l'objet d'aucune discrimination, qu'il s'agisse de la fiscalité, de l'accès aux tribunaux ou de la protection de leur personne et de leurs biens. L'article IV concerne la disposition des biens immobiliers et mobiliers et les successions.”.

Il semble que le droit relatif aux effets de la guerre sur les traités n'est pas bien clair ni bien établi... [Suivent des mentions et des citations des affaires *Karnuth c. United States*, 279 U.S. 231, 236 (1929), *Techt c. Hughes*, 229 N.Y., p. 240 (1920), 128 N.E., p. 191 (1920), saisine refusée 254 U.S. 643 (1920), et *Sophie Rickmers*, 45 Fed. 2d 413 (S.D.N.Y. 1930).]

...

Si on applique les principes énoncés dans ces décisions à l'article premier du Traité de 1923 avec l'Allemagne, on peut douter sérieusement que certaines des dispositions de cet article soient actuellement en vigueur (par exemple celles qui concernent l'entrée aux États-Unis ou le droit d'y exercer certains métiers). Par contre, il ne semble pas y avoir de raison de considérer que l'article IV ne s'applique plus parce que la guerre a éclaté.

Une disposition figurant dans un traité conclu avec l'Empire austro-hongrois et comparable à l'article IV a été jugée applicable en temps de guerre dans l'affaire *Techt c. Hughes*, *supra*, ...

Cette jurisprudence a été suivie dans l'affaire *State ex rel. Miner c. Reardon* [120 Kans. 614, 245, Pac. 158 (1926)] ... La Cour suprême du Nebraska a abouti à la même conclusion dans l'affaire *Goos c. Brocks* [117 Neb. 750 (1929), 223 N.W. 13 (1929)], ...

Si en l'espèce la disposition conventionnelle est quelque peu différente de celle examinée dans l'affaire *Karnuth*, il convient de noter que dans cette dernière, la Cour suprême a déclaré: “Il semble assez généralement admis qu'au moins les dispositions conventionnelles ci-après demeurent en vigueur: ... dispositions donnant aux nationaux ou sujets de l'une des Hautes Parties contractantes le droit de continuer à posséder et à transmettre des biens fonciers sur le territoire de l'autre...”.

25) En 1948, la position ainsi adoptée a été confirmée par le Conseiller juridique par intérim, Jack B. Tate, dans les termes suivants¹⁰⁹:

«Dans une lettre datée du 21 mai 1945 et adressée par le Secrétaire d'État par intérim à l'Attorney général, le Département d'État expose son opinion en ce qui concerne le maintien en vigueur malgré la guerre de l'article IV du traité susmentionné. Dans l'affaire *Clark c. Allen* (1947), 91 L. Ed., pages 1633 et 1641 à 1643, la Cour suprême a décidé que les dispositions de l'article IV du traité de 1923 avec l'Allemagne concernant l'acquisition, la disposition et l'imposition de biens immobiliers demeuraient en vigueur pendant la guerre. Le Département relève qu'habituellement, comme l'indique la décision *Clark c. Allen* et d'autres décisions de la Cour suprême des États-Unis, on s'attache à déterminer s'il existe ou non entre la disposition conventionnelle en cause et le maintien de l'état de guerre, une incompatibilité telle qu'il est clair que cette disposition ne doit pas être appliquée.

Bien que le Secrétaire d'État Lansing ait écrit le 10 septembre 1918 que le Département d'État ne considérait pas que les stipulations conventionnelles relatives aux droits de disposer et de léguer des biens immobiliers eussent été en vigueur durant la guerre entre l'Allemagne et l'Empire austro-hongrois, ... cette déclaration a été faite avant que les décisions judiciaires susvisées ne soient rendues et que l'approche que traduit cette jurisprudence ait été si clairement adoptée par les tribunaux. Une tendance à considérer plus souvent qu'auparavant que les dispositions conventionnelles demeurent en vigueur en temps de guerre semble se faire jour. Nous estimons que la déclaration du Secrétaire d'État Lansing n'exprime pas l'opinion qui serait aujourd'hui celle du Département.

On notera que les tribunaux de ce pays semblent avoir adopté une position quelque peu plus favorable au maintien en vigueur des dispositions conventionnelles en temps de guerre que de nombreux publicistes. Il semble exister parmi les auteurs modernes une préférence pour l'opinion selon laquelle "l'élément qui détermine la réponse à la question de savoir si tel ou tel traité est oui ou non abrogé par l'éclatement d'une guerre entre les Parties doit être recherché dans l'intention des parties au moment où elles ont conclu le traité plutôt que dans la nature de la disposition conventionnelle elle-même". (Cecil Hurst, «The Effect of War on Treaties», 1921-1922, *British Yearbook of International Law*, p. 47). Voir également C. C. Hyde, *International Law* (2^e éd., 1945), vol. II, p. 1546 et suiv.; Harvard Research in International Law, *Law of Treaties*, 29 *American Journal of International Law*, Supp. (1953), p. 1183 et suiv. Rien ne semble indiquer quelle était réellement l'intention à cet égard lorsque le traité a été conclu avec l'Allemagne en 1923. Toutefois, compte tenu de la décision rendue récemment dans l'affaire *Techt c. Hughes (supra)*, il n'est pas déraisonnable de supposer qu'une disposition comme l'article IV du traité de 1923 devrait rester en vigueur en temps de guerre.

Compte tenu de ce qui précède, le Département ne voit aucune objection à la position que vous défendez, à savoir que l'article IV du traité conclu le 8 décembre 1923 avec l'Allemagne demeure en vigueur bien que la guerre ait éclaté.»

Lettre adressée par le Secrétaire d'État par intérim (Grew) à l'Attorney général (Biddle) le 21 mai 1945, Département d'État, dossier 740.00113 EW/4-1245.

¹⁰⁹ Whiteman, *Digest of International Law*, vol. XIV, p. 502 et 503; lettre datée du 10 novembre 1948 adressée à l'Attorney général.

En ce qui concerne les biens acquis en 1941 à San Francisco par le Gouvernement allemand à des fins consulaires, les dispositions applicables du traité de 1923 avec l'Allemagne sont celles du deuxième paragraphe de l'article XIX... Le Département d'État considère que l'effet juridique de ces dispositions n'a pas été modifié par le déclenchement de la guerre entre les États-Unis et l'Allemagne. Cette opinion est totalement conforme à la politique suivie depuis longtemps par le Gouvernement des États-Unis, aussi bien en temps de paix qu'en temps de guerre, en ce qui concerne les biens appartenant au gouvernement d'un pays et situés sur le territoire d'un autre pays. Le Gouvernement des États-Unis s'est toujours efforcé d'accorder aux biens des gouvernements étrangers situés sur un territoire relevant de la juridiction des États-Unis d'Amérique la reconnaissance normalement accordée à de tels biens en droit international et de respecter scrupuleusement les droits pouvant être garantis à de tels biens par un traité. De la même manière, le Gouvernement des États-Unis a été tout aussi diligent s'agissant d'exiger que les gouvernements étrangers accordent cette reconnaissance et ces droits aux biens des États-Unis sis sur leurs territoires.

L'histoire du traitement accordé par le Gouvernement des États-Unis aux biens diplomatiques et consulaires allemands aux États-Unis après le déclenchement de la guerre entre les États-Unis et l'Allemagne peut être pertinente à cet égard.

...

À la lumière de ce qui précède, le Département d'État ne voit aucune objection à la position qui est celle du Bureau des biens étrangers, à savoir que les dispositions du deuxième paragraphe de l'article XIX du traité signé le 8 décembre 1923 avec l'Allemagne demeurent en vigueur malgré la guerre entre les États-Unis et l'Allemagne.».

- 26) Cette position est reflétée dans les décisions des tribunaux internes de plusieurs États, mais la jurisprudence n'est en aucune manière constante¹¹⁰.

¹¹⁰ Rank, *Cornell Law Quarterly*, vol. 38 (1952-1953), p. 511 à 533; Whiteman, *Digest of International Law*, XIV, septembre 1970, p. 497 à 505; Verzijl, (voir *supra*, note 75), VI, 1973, p. 377 à 385.

27) La jurisprudence de la Cour internationale de Justice en la matière n'est pas hostile aux positions juridiques exposées ci-dessus. Toutefois, la Cour n'a pas examiné la question des effets des conflits armés sur la validité ou la suspension dans l'affaire du *Nicaragua*¹¹¹. De plus, la Cour n'a rien conclu quant à l'existence ou l'inexistence d'un «conflit armé» entre les parties¹¹². On se souviendra que les États-Unis entretenaient toujours des relations diplomatiques avec le Nicaragua et qu'il n'y avait pas eu de déclaration de guerre ou conflit armé.

28) La décision de la Cour dans l'*Affaire des plates-formes pétrolières*¹¹³ reposait également sur l'hypothèse que le traité d'amitié, de commerce et de droits consulaires signé en 1955 demeurerait en vigueur. La pertinence de ces décisions est affectée par le fait que ce traité d'amitié était demeuré en vigueur¹¹⁴. Ceci n'avait pas été contesté par les parties.

29) De plus, on peut dire sans crainte de se tromper que la catégorie de traités à l'examen comprend les traités bilatéraux relatifs aux investissements. Comme le fait observer Aust, l'objet de tels accords est la protection mutuelle des nationaux des parties¹¹⁵.

d) *Traités pour la protection des droits de l'homme*

30) La doctrine s'intéresse très peu aux effets des conflits armés sur les traités pour la protection des droits de l'homme. Ceci s'explique assez facilement. Une grande partie de la doctrine pertinente est antérieure à l'apparition des normes relatives aux droits de l'homme à l'ère de la Charte des Nations Unies. De plus, les spécialistes des droits de l'homme ont tendance à négliger les problèmes techniques. La résolution adoptée en 1985 par l'Institut de droit international contenait la disposition suivante (art. 4):

¹¹¹ C.I.J. Recueil 1984, p. 426 à 429.

¹¹² Étude du Secrétariat, par. 69 à 74.

¹¹³ Arrêt du 6 novembre 2003. Voir également l'arrêt rendu dans l'*Affaire des plates-formes pétrolières (exception préliminaire)*, C.I.J. Recueil 1996, p. 803.

¹¹⁴ Voir l'arrêt sur les exceptions préliminaires, C.I.J. Recueil 1996, par. 15.

¹¹⁵ Voir Aust, (voir *supra*, note 90), p. 244.

«L'existence d'un conflit armé n'autorise pas une partie à mettre fin unilatéralement aux dispositions d'un traité relatives à la protection de la personne humaine, ni à en suspendre l'application, à moins que le traité n'en dispose autrement.».

L'article 4 a été adopté par 36 voix contre zéro, avec 2 abstentions¹¹⁶.

31) L'utilisation de la catégorie des traités visant à protéger les droits de l'homme peut être considérée comme une extension naturelle du statut accordé aux traités d'amitié, de commerce et de navigation et aux accords analogues concernant des droits privés, notamment les traités bilatéraux relatifs aux investissements. Il existe également une relation étroite entre les traités visant à protéger les droits de l'homme et les traités créant un régime territorial et, ce faisant, énonçant des normes protégeant les droits de l'homme de l'ensemble de la population, ou instituant un régime applicable aux minorités, ou d'autonomie locale.

32) L'application des traités relatifs aux droits de l'homme en période de conflit armé est décrite comme suit dans l'étude du Secrétariat:

«Même si la question de savoir si les traités relatifs aux droits de l'homme s'appliquent aux conflits armés demeure controversée, il est acquis que les dispositions non susceptibles de dérogation des traités relatifs aux droits de l'homme s'appliquent pendant les conflits armés. Premièrement, la Cour internationale de Justice a estimé, dans son avis consultatif sur les armes nucléaires, que «la protection offerte par le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne cesse pas en temps de guerre si ce n'est par l'effet de l'article 4 du Pacte, qui prévoit qu'il peut être dérogé, en cas de danger public, à certaines des obligations qu'impose cet instrument». C'est à l'occasion de cet avis que la Cour a effleuré la question des effets des conflits armés sur les traités, en s'arrêtant notamment sur leurs effets sur les traités relatifs aux droits de l'homme et les traités relatifs à l'environnement. Deuxièmement, la Commission du droit international a déclaré dans son commentaire sur les articles relatifs à la responsabilité de l'État pour faits internationalement illicites que, même si le droit naturel de la légitime défense peut justifier la non-applicabilité de certains traités, “[s’]agissant des obligations résultant

¹¹⁶ *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 61 (II), p. 219 à 221.

du droit international humanitaire et des dispositions relatives aux droits de l'homme non susceptibles de dérogation, l'illicéité d'un comportement n'est pas exclue par la légitime défense". Enfin, les auteurs s'accordent également à dire que les dispositions impératives concernant les droits de l'homme trouvent application en période de conflit armé. Ces dispositions ayant valeur de normes de *jus cogens*, on pourrait voir dans leur application en période de conflit armé le corollaire de la règle évoquée à la section 4 ci-dessus, à savoir que les dispositions conventionnelles ayant valeur de normes de *jus cogens* doivent être respectées même en cas de déclenchement d'un conflit armé.»¹¹⁷.

33) Cette description illustre les problèmes que soulève l'applicabilité des normes en matière de droits de l'homme en cas de conflit armé¹¹⁸. La tâche de la Commission n'est pas d'examiner de telles questions de fond mais d'étudier les effets des conflits armés sur l'application ou la validité de traités particuliers. À cet égard, le critère de la dérogabilité ne peut être retenu, parce que la dérogabilité concerne l'application des dispositions et non la question de la validité ou de l'extinction. Toutefois, le pouvoir de déroger à certaines dispositions «en temps de guerre ou autre urgence publique menaçant la vie de la nation» atteste assurément qu'en lui-même un conflit armé ne provoque pas la suspension ni l'extinction. En dernière analyse, les critères adéquats sont ceux énoncés au projet d'article 4. L'exercice ou le non-exercice d'un pouvoir de dérogation ne saurait empêcher une autre partie au traité d'affirmer que la suspension ou l'extinction était justifiée *ab extra*.

e) *Traités relatifs à la protection de l'environnement*

34) La plupart des traités relatifs à l'environnement ne contiennent pas de dispositions expresses sur leur applicabilité lors d'un conflit armé. Ces traités sont extrêmement variés du point de vue de leur matière et de leurs modalités¹¹⁹.

¹¹⁷ Étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1), par. 33 (les notes de bas de page ont été omises).

¹¹⁸ Voir en outre René Prévost, *International Human Rights and Humanitarian Law*, 2002.

¹¹⁹ Philippe Sands, *Principles of International Environmental Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), 2^e éd., p. 307 à 316; Patricia Birnie et Alan Boyle, *International Law and the Environment*, (Oxford: Oxford University Press, 2002), 2^e éd., p. 148 à 151; K. Mollard-Bannelier, *La protection de l'environnement en temps de conflit armé*, (Paris: Pedone, 2001).

35) Les exposés écrits déposés à l'occasion de l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires* indiquent de manière parfaitement claire qu'il n'y a pas d'unanimité sur la proposition selon laquelle tous les traités relatifs à l'environnement s'appliquent aussi bien en temps de paix qu'en temps de conflit armé, sous réserve de dispositions expresses d'effet contraire¹²⁰.

36) Dans son avis consultatif sur la *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, la Cour internationale de Justice a exposé en ces termes la situation juridique générale:

«29. La Cour est consciente de ce que l'environnement est menacé jour après jour et de ce que l'emploi d'armes nucléaires pourrait constituer une catastrophe pour le milieu naturel. Elle a également conscience que l'environnement n'est pas une abstraction, mais bien l'espace où vivent les êtres humains et dont dépendent la qualité de leur vie et leur santé, y compris pour les générations à venir. L'obligation générale qu'ont les États de veiller à ce que les activités exercées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle respectent l'environnement dans d'autres États ou dans des zones ne relevant d'aucune juridiction nationale fait maintenant partie du corps de règles du droit international de l'environnement.

30. La Cour est toutefois d'avis que la question n'est pas de savoir si les traités relatifs à la protection de l'environnement sont ou non applicables en période de conflit armé, mais bien de savoir si les obligations nées de ces traités ont été conçues comme imposant une abstention totale pendant un conflit armé.

La Cour n'estime pas que les traités en question aient entendu priver un État de l'exercice de son droit de légitime défense en vertu du droit international, au nom des obligations qui sont les siennes de protéger l'environnement. Néanmoins, les États doivent aujourd'hui tenir compte des considérations écologiques lorsqu'ils décident de ce qui est nécessaire et proportionné dans la poursuite d'objectifs militaires légitimes. Le respect de l'environnement est l'un des éléments qui permettent de juger si une action est conforme aux principes de nécessité et de proportionnalité.

¹²⁰ Voir l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1), par. 58 à 63.

Ce point de vue trouve d'ailleurs un appui dans le principe 24 de la Déclaration de Rio, qui dispose:

“La guerre exerce une action intrinsèquement destructrice sur le développement durable. Les États doivent donc respecter le droit international relatif à la protection de l'environnement en temps de conflit armé et participer à son développement, selon que de besoin.”.

31. La Cour observera par ailleurs, que l'article 35, paragraphe 3, et l'article 55 du Protocole additionnel I offrent à l'environnement une protection supplémentaire. Considérées ensemble, ces dispositions consacrent une obligation générale de protéger l'environnement naturel contre des dommages étendus, durables et graves; une interdiction d'utiliser des méthodes et moyens de guerre conçus pour causer, ou dont on peut attendre qu'ils causeront de tels dommages; et une interdiction de mener des attaques contre l'environnement naturel à titre de représailles.

Ce sont là de puissantes contraintes pour tous les États qui ont souscrit à ces dispositions.»¹²¹.

37) Ces prescriptions sont bien entendu importantes et elles militent généralement et indirectement en faveur d'une présomption d'applicabilité des traités relatifs à l'environnement en cas de conflit armé. Toutefois, comme l'indiquent les exposés écrits déposés dans l'affaire ayant donné lieu à l'avis consultatif, il n'y a pas de consensus sur cette question juridique précise¹²².

f) *Traités relatifs aux cours d'eau internationaux et installations et ouvrages connexes*

38) Les traités relatifs aux cours d'eau ou aux droits de navigation constituent en fait une sous-catégorie de la catégorie des traités créant ou réglementant des droits permanents ou un régime ou un statut permanent. Il est néanmoins commode de les examiner séparément. Pour certains auteurs, ce type d'instrument ne peut être abrogé en temps de conflit armé.

¹²¹ *Licéité de la menace ou de l'emploi d'armes nucléaires*, C.I.J. Recueil 1996, par. 29 à 31.

¹²² Voir D. Akande, «Nuclear Weapons, Unclear Law? Deciphering the Nuclear Weapons Advisory Opinion of the International Court», *British Year Book of International Law*, vol. 68 (1997), p. 183 et 184.

Il s'agit notamment de Tobin¹²³, McNair¹²⁴, Fitzmaurice¹²⁵, Rank¹²⁶, Chinkin¹²⁷ et Delbrück¹²⁸.

39) La réalité est toutefois loin d'être simple. Fitzmaurice a décrit comme suit la pratique des États¹²⁹:

«Lorsque toutes les parties à une convention, quelle que soit sa nature, sont des belligérants, la question doit être tranchée comme si la convention était un traité bilatéral. Par exemple, la catégorie des traités normatifs, ou des conventions visant à créer des règlements permanents, comme les conventions garantissant la liberté de navigation sur certains canaux ou voies d'eau ou la liberté et l'égalité du commerce dans les zones coloniales, ne seront pas affectés par le fait qu'une guerre a éclaté dans laquelle toutes les parties sont impliquées. L'application de ces traités peut être partiellement suspendue mais ils subsistent et sont automatiquement remis en vigueur une fois la paix rétablie.».

40) L'application des traités concernant le statut de certains cours d'eau peut être assujettie à l'exercice du droit naturel de légitime défense reconnu à l'Article 51 de la Charte des Nations Unies¹³⁰.

41) De toute façon, le régime des divers détroits et canaux fait généralement l'objet de dispositions spécifiques. On peut citer comme exemple de tels traités l'Acte de navigation de l'Elbe (1922)¹³¹, les dispositions du Traité de Versailles relatives au canal de Kiel (1919)¹³², la Convention concernant le régime des détroits (Montreux) (1936)¹³³, le Traité

¹²³ Tobin, (voir *supra*, note 79), p. 89 à 95.

¹²⁴ McNair, (voir *supra*, note 66), p. 720.

¹²⁵ Fitzmaurice, (voir *supra*, note 85), p. 316 et 317.

¹²⁶ Rank, (voir *supra*, note 110), p. 326 et 327.

¹²⁷ Christine M. Chinkin, «Crisis and the Performance of International Agreements: The Outbreak of War in Perspective», *Yale Journal of Public World Order*, vol. 7 (1980-1981), p. 202 à 205.

¹²⁸ Delbrück, «War Effect on Treaties», (voir *supra*, note 92), p. 1370.

¹²⁹ Fitzmaurice, (voir *supra*, note 85), p. 316.

¹³⁰ Voir R. R. Baxter, *The Law of International Waterways, with particular regard to Interoceanic Canals*, (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 1964), p. 205.

¹³¹ Société des Nations – *Recueil des Traités*, vol. 26, p. 221.

¹³² *British and Foreign State Papers*, vol. 112 (1919).

¹³³ Société des Nations – *Recueil des Traités*, vol. 173, p. 213.

du canal de Panama (1977)¹³⁴ et le Traité concernant la neutralité permanente et le fonctionnement du canal de Panama (1997)¹³⁵.

42) Certains accords multilatéraux prévoient expressément un droit de suspension en temps de guerre. Ainsi, l'article 15 du Statut relatif au régime des voies navigables d'intérêt international (1922)¹³⁶ dispose:

«Le présent statut ne fixe pas les droits et les devoirs des belligérants et des autres en temps de guerre; néanmoins, il subsistera en temps de guerre dans la mesure compatible avec ces droits et devoirs.».

43) La Convention sur le droit relatif à l'utilisation des cours d'eau internationaux à des fins autres que la navigation (1997)¹³⁷ dispose, dans son article 29:

«Cours d'eau internationaux et installations en période de conflit armé

Les cours d'eau internationaux et les installations, aménagements et autres ouvrages connexes bénéficient de la protection accordée par les principes et règles du droit international applicables aux conflits armés internationaux et non internationaux et ne sont pas utilisés en violation de ces principes et règles.».

44) Des arguments militent donc en faveur de l'inclusion de la présente catégorie dans le projet d'article 7.

g) *Traités relatifs à des aquifères et installations et ouvrages connexes*

45) Des considérations similaires sembleraient s'imposer en ce qui concerne les traités relatifs à des aquifères et installations et ouvrages connexes. Les eaux souterraines constituent environ 97 % des ressources en eau douce de la planète, à l'exclusion de l'eau prise dans les glaces polaires¹³⁸. Si, en ce qui concerne les ressources en eaux de surface, la pratique des États est considérable, on ne peut dire de même des ressources en eaux souterraines. Dans ses travaux sur le droit des aquifères transfrontières, la Commission a

¹³⁴ *ILM* (1977), p. 1022.

¹³⁵ *Ibid.*

¹³⁶ Société des Nations – *Recueil des Traités*, vol. 7, p. 50.

¹³⁷ *ILM*, vol. 36 (1997), p. 700.

¹³⁸ Voir S. Burchi et K. Mechlem, *Groundwater in International Law: Compilation of Treaties and Other Legal Instruments* (FAO/UNESCO), 2005, préface.

montré ce qu'on pouvait faire dans ce domaine¹³⁹. Le nombre d'accords et d'arrangements internationaux, régionaux et bilatéraux relatifs aux eaux souterraines commence à devenir appréciable¹⁴⁰.

46) Sur la base des protections qu'offre le droit des conflits armés, on se fonde sur l'hypothèse que les aquifères ou systèmes d'aquifères transfrontières et les installations, ouvrages et aménagements connexes bénéficieront de la protection qu'offrent les principes et règles du droit international applicable dans les conflits armés internationaux et non internationaux et ne seront pas utilisés en violation de ces principes et règles¹⁴¹.

47) Bien que le droit des conflits armés lui-même fournisse une protection, il n'est pas certain que l'on puisse déduire nécessairement de la matière des traités relatifs aux aquifères et installations et ouvrages connexes qu'un conflit armé ne produit aucun effet. La vulnérabilité des aquifères et la nécessité de protéger les eaux qu'ils recèlent militent en faveur du maintien en vigueur de cette catégorie de traités.

h) *Traités multilatéraux normatifs*

48) McNair définit comme suit la catégorie des traités normatifs¹⁴²:

«i) *Traités normatifs multipartites*

Il s'agit des traités qui créent des règles de droit international destinées à régir le comportement futur des parties sans créer un régime, statut ou système international. On estime que ces traités survivent à une guerre, que toutes les parties contractantes ou certaines d'entre elles seulement soient des belligérants. L'intention des parties de créer des normes juridiques permanentes peut généralement se déduire de l'instrument. Les exemples ne sont pas nombreux. La Déclaration de Paris de 1856 en est un; il ressort clairement de sa teneur que les parties entendaient réglementer leur conduite durant une guerre, mais l'on peut dire que c'est parce que les parties entendaient par cette déclaration créer des règles de droit permanentes qu'elle est demeurée en vigueur après une guerre. La Convention II de La Haye

¹³⁹ Voir le chapitre IV du présent rapport.

¹⁴⁰ Voir, d'une manière générale, Burchli et Mechlem (*supra*, note 138).

¹⁴¹ Voir art. 18 du projet d'article sur le droit des aquifères transfrontières adopté par la Commission, à sa session en cours (soixantième session).

¹⁴² McNair, (voir *supra*, note 66), p. 723.

de 1907 concernant la limitation de l'emploi de la force pour le recouvrement des dettes contractuelles et le Pacte Briand-Kellogg de 1928 sont aussi des exemples de ce type de traités. Il est probable que les conventions créant des règles en matière de nationalité, de mariage, de divorce, d'exécution réciproque des jugements, etc., entreraient dans la même catégorie.».

49) Plusieurs auteurs, notamment Rousseau¹⁴³, Fitzmaurice¹⁴⁴, Starke¹⁴⁵, Delbrück¹⁴⁶ et Curti Gialdino¹⁴⁷, soulignent l'importance de cette catégorie.

50) Le terme «normatif» est quelque peu problématique¹⁴⁸ et n'est peut-être pas susceptible d'une définition précise. Les arrangements conclus après la Deuxième Guerre mondiale ont néanmoins donné naissance à une certaine pratique des États en matière de traités multilatéraux de caractère technique. Starke déclare: «Les conventions multilatérales de type “normatif” relatives à la santé, aux drogues, à la protection de la propriété industrielle, etc. ne sont pas annulées lorsqu'une guerre éclate, mais soit leur application est suspendue, et elles sont remises en vigueur une fois que les hostilités ont pris fin, soit elles reçoivent même en temps de guerre une application partielle.»¹⁴⁹.

51) La position des États-Unis est décrite dans une lettre datée du 29 janvier 1948 du Conseiller juridique du Département d'État, Ernest A. Gross¹⁵⁰:

«Toutefois, s'agissant des traités multilatéraux du type visé dans votre lettre, le Gouvernement des États-Unis considère d'une manière générale que les traités multilatéraux non politiques auxquels les États-Unis étaient partie lorsqu'ils sont entrés en guerre comme belligérants et que le Gouvernement des États-Unis n'a pas depuis dénoncés conformément à leurs dispositions sont toujours en vigueur pour ce qui est des États-Unis, et que l'existence d'un état de guerre entre certaines des parties à ces traités ne les a pas abrogés *ipso facto*, même si, d'un point de vue

¹⁴³ Rousseau, (voir *supra*, note 87), p. 223 et 224.

¹⁴⁴ Fitzmaurice, (voir *supra*, note 92), p. 308 et 309 et 313.

¹⁴⁵ I. A. Shearer, *Starke's International Law*, 11^e éd., (Londres: Butterworths, 1994), p. 493.

¹⁴⁶ Delbrück, (voir *supra*, note 92), p. 1370.

¹⁴⁷ Curti Gialdino, (voir *supra*, note 94), 1959, p. 225 à 239.

¹⁴⁸ Étude du Secrétariat, par. 49 et 50.

¹⁴⁹ Starke, (voir *supra*, note 145), p. 409.

¹⁵⁰ Voir Rank, (voir *supra*, note 110), p. 343.

pratique, certaines de leurs dispositions ont pu ne pas être appliquées. Pour le Gouvernement des États-Unis, la guerre a eu pour seul effet sur ces traités d'y mettre fin ou de suspendre leur application entre belligérants opposés, et que, en l'absence de raisons particulières d'adopter une position contraire, ils sont demeurés en vigueur entre cobelligérants, entre belligérants et parties neutres et entre parties neutres.

Le Gouvernement des États-Unis considère qu'avec l'entrée en vigueur le 15 septembre 1947 du Traité de paix avec l'Italie, les traités multilatéraux non politiques qui étaient en vigueur entre les États-Unis et l'Italie lorsque l'état de guerre a commencé entre les deux pays et qu'aucun des deux gouvernements n'a depuis dénoncés conformément à leurs dispositions sont maintenant en vigueur et de nouveau applicables entre les États-Unis et l'Italie. Le Gouvernement des États-Unis a adopté une position comparable en ce qui concerne la Bulgarie, la Hongrie et la Roumanie...».

52) La position britannique a été exposée dans une lettre du Foreign Office datée du 7 janvier 1948¹⁵¹:

¹⁵¹ Ibid., p. 346. Voir aussi Fitzmaurice, (voir *supra*, note 85), p. 308 et 309. Voir aussi Oppenheim, (voir *supra*, note 84), p. 304 à 306. Fitzmaurice examine comment les traités bilatéraux étaient ou n'étaient pas remis en vigueur, moyennant une notification, et poursuit:

«Le mérite d'une disposition comme celle-ci est qu'elle règle sans aucun doute possible la situation en ce qui concerne chaque traité bilatéral qui était en vigueur lorsque la guerre a éclaté entre les anciens États ennemis et l'une quelconque des puissances alliées ou associées, ce qui ne serait certainement pas le cas en son absence, étant donné les difficultés et la confusion considérables qui existent au sujet des effets de la guerre sur les traités, en particulier les traités bilatéraux.

La même difficulté existe en ce qui concerne les conventions et les traités multilatéraux, mais elle est beaucoup moins grave, car l'effet qu'une guerre a sur une convention ou un traité multilatéral est généralement assez évident à la lecture de l'instrument. En conséquence, étant donné le grand nombre de conventions multilatérales auxquelles les anciens ennemis et les puissances alliées et associées étaient parties (avec un certain nombre d'autres États dont certains étaient neutres ou n'ont pas pour une autre raison participé au règlement de paix) et la difficulté qu'il y aurait eu à élaborer des dispositions détaillées au sujet de toutes ces conventions, il a été décidé de n'en rien dire dans les traités de paix et de laisser s'appliquer les règles de base de droit international régissant la matière. Il est toutefois intéressant de noter que lors de l'examen du sujet à la Commission juridique de la Conférence de paix, la Commission a tenu à consigner officiellement sa position dans les procès-verbaux, à savoir qu'en général les conventions multilatérales entre belligérants, en particulier celles qui ont un caractère technique, ne sont pas affectées dans leur existence et leur maintien en vigueur par le déclenchement d'une guerre, bien qu'il puisse être impossible, tant que dure la guerre, de les appliquer entre les belligérants ou même, dans certains cas, entre des belligérants et des neutres qui peuvent être séparés par la guerre; mais ces conventions voient tout au plus leur application suspendue et sont automatiquement remises en vigueur lorsque la paix est rétablie sans qu'aucune disposition particulière soit nécessaire à cette fin.

«Je réponds ... à la lettre ... dans laquelle vous vous informiez du statut juridique des traités multilatéraux de caractère technique ou non politique et demandiez si le Gouvernement du Royaume-Uni considère que la guerre les a abrogés ou en a seulement suspendu l'application.

Vous remarquerez que dans les traités de paix avec l'Italie, la Finlande, la Roumanie, la Bulgarie et la Hongrie, ces traités ne sont nullement mentionnés, la Conférence de paix ayant estimé qu'aucune disposition les concernant n'était nécessaire dans la mesure où, en droit international, l'application de tels traités est en principe seulement suspendue entre les belligérants pendant la durée de la guerre et reprend automatiquement une fois la paix rétablie. Le Gouvernement de Sa Majesté n'estime pas que les conventions multilatérales s'éteignent *ipso facto* lorsqu'éclate une guerre, et ceci est particulièrement vrai dans le cas des conventions auxquelles des puissances neutres sont parties. Les exemples évidents de telles conventions sont la Convention internationale de 1919 portant réglementation de la navigation aérienne et diverses conventions postales et télégraphiques. De fait, en bonne doctrine juridique, il semblerait que c'est seulement la suspension des relations pacifiques normales entre les belligérants qui rend l'application des conventions multilatérales impossible en ce qui concerne ces belligérants, et qui opère une suspension temporaire de l'application de ces conventions entre ces belligérants. Dans certains cas toutefois, comme celui de la Convention sur la Croix-Rouge, la convention multilatérale vise expressément à régir les relations entre États en temps de guerre, et à l'évidence elle demeurera en vigueur et son application ne sera pas suspendue.

En ce qui concerne les conventions multilatérales auxquelles seuls des belligérants sont parties, si elles ont un caractère non politique et technique, le Gouvernement de Sa Majesté considérerait probablement que leur application serait suspendue pendant la durée de la guerre mais qu'elle reprendrait ensuite automatiquement s'il n'y avait pas été expressément mis fin. Mais une telle situation ne s'est encore jamais présentée en pratique.».

La question n'est en fait pas aussi simple que cela, même pour ce qui est des conventions multilatérales, mais quoi qu'il en soit, c'est en gros la raison pour laquelle il a été décidé de ne pas faire figurer de dispositions expresses sur la question dans les traités de paix.».

53) La position des Gouvernements allemand¹⁵², italien¹⁵³ et suisse¹⁵⁴ semble essentiellement similaire. Toutefois, la pratique des États n'est pas totalement cohérente et davantage de preuves de cette pratique, et en particulier de la pratique la plus récente, sont nécessaires.

54) Dans ce contexte particulier, les décisions des tribunaux internes constituent une source problématique. Premièrement, il est courant que ces tribunaux dépendent de directives expresses de l'exécutif. Deuxièmement, les tribunaux internes peuvent invoquer des motifs d'ordre public qui ne sont pas directement liés aux principes du droit international. On peut dire toutefois que la jurisprudence interne n'est pas hostile au principe de la survie¹⁵⁵. Le principe général a été consacré dans la décision rendue par la juridiction civile supérieure écossaise dans l'affaire *Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd* (1976)¹⁵⁶.

55) Bien que les sources n'aillent pas toutes dans ce sens, les traités normatifs peuvent être considérés comme constituant une catégorie de traités survivant à un conflit armé. Ils doivent être reconnus par principe, et la pratique des États favorables au principe de la survie n'est pas mince.

- i) *Traités relatifs au règlement des différends entre États par des moyens pacifiques, notamment la conciliation, la médiation, l'arbitrage et la saisine de la Cour internationale de Justice*

56) Cette catégorie n'a guère retenu la doctrine et l'on considère probablement que la catégorie des traités multilatéraux établissant un régime international l'englobe dans une certaine mesure. Certains auteurs ont toutefois expressément déclaré que les traités créant des mécanismes de règlement pacifique des différends internationaux continuaient de s'appliquer¹⁵⁷. Conformément à ce principe, des compromis d'arbitrage signés avant la

¹⁵² Ibid., p. 349 à 354.

¹⁵³ Ibid, p. 347 et 348.

¹⁵⁴ Voir *Répertoire suisse de droit international public*, p. 186 à 191.

¹⁵⁵ Rank, (voir *supra*, note 110), p. 511 à 533, Verzijl, (voir *supra*, note 75), VI, p. 387 à 391.

¹⁵⁶ *International Law Reports*, vol. 74, p. 564.

¹⁵⁷ Voir Stuart Hull McIntyre, *Legal Effect of World War II on Treaties of the United States*, (La Haye: Martinus Nijhoff, 1958), p 74 à 86; et McNair, (voir *supra*, note 66), p. 720. Voir également Manley O. Hudson, *The Permanent Court of International Justice, 1920-1942*, (New York: The Macmillan Company, 1943).

Première Guerre mondiale ont reçu effet pour que les arbitrages qu'ils prévoyaient aient lieu après la guerre.

j) *Traités relatifs à l'arbitrage commercial*

57) Par principe et pour des raisons d'ordre public, le principe de la survie doit s'appliquer aux obligations découlant de conventions multilatérales relatives à l'arbitrage et à l'exécution des sentences arbitrales. Dans l'affaire *Masinimport c. Scottish Mechanical Light Industries Ltd*, la Court of Session écossaise a jugé que de tels traités avaient survécu à la Deuxième Guerre mondiale et n'entraient pas dans le champ d'application du Traité de paix avec la Roumanie de 1947¹⁵⁸. Les accords concernés étaient le Protocole sur les clauses d'arbitrage signé le 24 septembre 1923 et le Protocole pour l'exécution des sentences arbitrales étrangères du 26 septembre 1927. La Cour a rangé ces instruments dans la catégorie des «traités multipartites normatifs». En 1971, la Cour de cassation italienne (chambres réunies) a jugé que le Protocole de 1923 sur les clauses d'arbitrage commercial demeurait en vigueur bien que l'Italie eût déclaré la guerre à la France, son application ayant seulement été suspendue en attendant que l'état de guerre prenne fin¹⁵⁹.

58) La reconnaissance de cette famille de traités semblerait justifiée et ils ont en outre des liens avec d'autres catégories de traités, notamment les traités normatifs multilatéraux.

59) Une analogie s'impose avec la question de l'effet de l'ouverture d'hostilités sur une clause compromissoire relevant du règlement d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale. Dans l'affaire *Dalmia Cement Ltd c. National Bank of Pakistan*, l'arbitre unique, le professeur Pierre Lalive, évoquant les hostilités entre l'Inde et le Pakistan en septembre 1965, a déclaré ce qui suit:

«68. En conclusion, il n'y a aucun doute dans mon esprit que, lorsque le demandeur a saisi la Cour internationale d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale, il existait entre les parties un accord valide et contraignant de se

¹⁵⁸ *International Law Reports*, vol. 74, p. 564.

¹⁵⁹ *Lanificio Branditex c. Società Azais e Vidal*, *ibid.*, vol. 71, p. 595. Voir également la décision suisse concernant le Protocole sur les clauses compromissoires: *Telefunken c. N. V. Philips*, *International Law Reports*, vol. 19, p. 557 (Tribunal fédéral).

soumettre à un arbitrage conformément au Règlement d'arbitrage de la CCI, même en supposant qu'il y ait eu un état de guerre entre l'Inde et le Pakistan¹⁶⁰.».

k) *Traités relatifs aux relations diplomatiques*

60) Il y a de bonnes raisons pour ranger les traités relatifs aux relations diplomatiques dans la catégorie des accords qui ne sont pas nécessairement abrogés ou dont l'application n'est pas nécessairement suspendue en cas de conflit armé. Si l'expérience n'est pas bien documentée, il n'est pas inhabituel pour les ambassades de rester ouvertes en temps de conflit armé. Quoi qu'il en soit, les dispositions expresses de la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques prévoient que cet instrument s'applique en temps de conflit armé. Ainsi, son article 24 dispose que les archives et documents de la mission sont inviolables «à tout moment», et ces mots ont été ajoutés à la Conférence de Vienne afin qu'il soit bien clair que l'inviolabilité subsiste en cas de conflit armé¹⁶¹. D'autres dispositions contiennent les mots «même en cas de conflit armé»: voir article 44 sur les facilités à accorder pour le départ. L'article 45 est d'un intérêt particulier et est ainsi libellé:

«En cas de rupture des relations diplomatiques entre deux États, ou si une mission est rappelée définitivement ou temporairement:

a) L'État accréditaire est tenu, même en cas de conflit armé, de respecter et de protéger les locaux de la mission, ainsi que ses biens et ses archives;

¹⁶⁰ *International Law Reports*, vol. 67, p. 629; sentence du 18 décembre 1967. Il a aussi déclaré:

«Il est donc inutile d'examiner si le fait de se soumettre à l'arbitrage implique un "rapport" avec un "ennemi" ou si les auteurs cités à l'appui de cet argument sont pertinents seulement pour ce qui est des arbitrages anglais ou locaux mais aussi pour ce qui est des arbitrages internationaux en application du Règlement de la CCI. Il serait également superflu de se demander si les parties, lorsqu'elles ont accepté la clause compromissoire, ont envisagé ou ont pu envisager la possibilité qu'un "état de guerre" ou un conflit armé n'équivalant pas à une guerre puisse naître ou naisse entre le Pakistan et l'Inde.

Par ces motifs

L'arbitre soussigné

Juge que la procédure d'arbitrage instituée par le demandeur relève de la compétence de la Cour d'arbitrage de la Chambre de commerce internationale et que l'arbitre est compétent pour juger le différend conformément au paragraphe 3 de l'article 13 du Règlement de conciliation et d'arbitrage de la CCI.».

¹⁶¹ Voir Eileen Denza, *Diplomatic Law, A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, (Oxford: Clarendon Press, 1998), 2^e éd., p. 160.

b) L'État accréditant peut confier la garde des locaux de la mission, avec les biens qui s'y trouvent, ainsi que les archives, à un État tiers acceptable pour l'État accréditaire;

c) L'État accréditant peut confier la protection de ses intérêts et de ceux de ses ressortissants à un État tiers acceptable pour l'État accréditaire.».

61) Le principe de survie est reconnu par certains commentateurs¹⁶². La spécificité du régime institué par la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques a été soulignée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*. Elle a ainsi déclaré¹⁶³:

«Bref, les règles du droit diplomatique constituent un régime se suffisant à lui-même qui, d'une part, énonce les obligations de l'État accréditaire en matière de facilités, de privilèges et d'immunités à accorder aux missions diplomatiques et, d'autre part, envisage le mauvais usage que pourraient en faire des membres de la mission et précise les moyens dont dispose l'État accréditaire pour parer à de tels abus. Ces moyens sont par nature d'une efficacité totale car, si l'État accréditant ne rappelle pas sur-le-champ le membre de la mission visé, la perspective de la perte presque immédiate de ses privilèges et immunités, du fait que l'État accréditaire ne le reconnaîtra plus comme membre de la mission, aura en pratique pour résultat de l'obliger, dans son propre intérêt, à partir sans tarder. Le principe de l'inviolabilité des personnes des agents diplomatiques et des locaux des missions diplomatiques est l'un des fondements mêmes de ce régime établi de longue date et à l'évolution duquel les traditions de l'Islam ont apporté une contribution substantielle. Le caractère fondamental du principe d'inviolabilité est en outre souligné avec force par les dispositions des articles 44 et 45 de la Convention de 1961 (voir aussi les articles 26 et 27 de la Convention de 1963). Même en cas de conflit armé ou de rupture des relations diplomatiques, ces dispositions obligent l'État accréditaire à respecter l'inviolabilité des membres d'une mission diplomatique aussi bien que celle de ses locaux, de ses biens et de ses archives.».

¹⁶² Voir par exemple Chinkin, (voir *supra*, note 127), p. 194 et 195. Voir aussi l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1), par. 36.

¹⁶³ *C.I.J. Recueil 1980*, p. 40, par. 86.

62) La Convention de Vienne de 1961 sur les relations diplomatiques était en vigueur aussi bien pour l'Iran que pour les États-Unis. Quoi qu'il en soit, la Cour a clairement indiqué que le droit applicable comprenait «les règles applicables du droit international général» et que la Convention constituait une codification du droit¹⁶⁴.

1) *Traités relatifs aux relations consulaires*

63) Il y a de bonnes raisons de ranger les traités relatifs aux relations consulaires, à l'instar des traités relatifs aux relations diplomatiques, dans la catégorie des traités qui ne sont pas nécessairement abrogés ou suspendus en cas de conflit armé. Il est bien établi que les relations consulaires peuvent se poursuivre même en cas de guerre ou de rupture des relations diplomatiques¹⁶⁵. Les dispositions expresses de la Convention de Vienne sur les relations consulaires indiquent qu'elles s'appliquent en temps de conflit armé. Ainsi, l'article 26 dispose que l'État de résidence accorde aux membres du corps consulaire et à d'autres personnes les facilités nécessaires pour préparer leur départ «même en cas de conflit armé». Et l'article 27 dispose que l'État de résidence est tenu de respecter et de protéger les locaux consulaires, «même en cas de conflit armé». Le principe de la survie est reconnu par Chinkin¹⁶⁶.

64) Dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'affaire du *Personnel diplomatique et consulaire des États-Unis à Téhéran*, la Cour internationale de Justice souligne le caractère particulier des deux Conventions de Vienne de 1961 et 1963.

65) La Convention de Vienne sur les relations consulaires était en vigueur aussi bien pour l'Iran que pour les États-Unis. De plus, la Cour a reconnu que la Convention codifiait le droit et a indiqué assez clairement que le droit applicable comprenait les «règles du droit international général en la matière»¹⁶⁷.

66) La pratique des États pour ce qui est des dispositions consulaires figurant dans des traités bilatéraux n'est pas très cohérente¹⁶⁸. Il faut disposer de davantage d'informations, en particulier sur la pratique récente.

¹⁶⁴ Ibid., p. 24, par. 45; p. 41, par. 90, et (dans le dispositif) p. 44, par. 95.

¹⁶⁵ Luke T. Lee, *Consular Law and Practice*, (Oxford: Clarendon Press, 1991) 2^e éd., p. 111.

¹⁶⁶ Chinkin, (voir *supra*, note 127), p. 194 et 195. Voir aussi l'étude du Secrétariat (A/CN.4/550 et Corr.1), par. 36.

¹⁶⁷ *C.I.J. Recueil 1980*, p. 24, par. 45; p. 41, par. 90 et (dans le dispositif), p. 44, par. 95.

¹⁶⁸ Voir Rank, (voir *supra*, note 110), p. 341 à 355; McIntyre, (voir *supra*, note 157), p. 191 à 199.

Article 6

Conclusion de traités pendant un conflit armé

1. La survenance d'un conflit armé n'a pas d'incidence sur la capacité qu'a un État partie au conflit armé de conclure des traités conformément à la Convention de Vienne sur le droit des traités.
2. Les États peuvent conclure des accords licites prévoyant l'extinction ou la suspension d'un traité qui serait applicable entre eux dans des situations de conflit armé.

Commentaire

- 1) Les projets d'articles 6 et 7 devraient être lus successivement. Ils figurent dans les projets afin de préserver le principe *pacta sunt servanda*; et ils sont conformes à l'objectif fondamental des projets d'articles, à savoir garantir la sécurité juridique et la continuité des traités. Ces deux projets d'articles indiquent que les États peuvent, en période de conflit armé, continuer d'avoir des relations.
- 2) Le paragraphe 1 du projet d'article 6 énonce une proposition fondamentale, à savoir qu'un conflit armé n'affecte pas la capacité des États parties à ce conflit de conclure des traités.
- 3) Si, techniquement, cette disposition concerne l'effet d'un conflit armé sur la capacité des États de conclure des traités, par opposition à l'effet du conflit armé sur le traité lui-même, on n'en a pas moins jugé utile de conserver ce paragraphe dans le projet d'articles. La disposition a en outre été affinée pour indiquer la capacité «d'un État partie au conflit», parce qu'il peut n'y avoir qu'un État partie au conflit armé, par exemple s'il s'agit d'un conflit interne.
- 4) Le paragraphe 2 concerne la pratique consistant pour des États à un conflit armé à convenir expressément durant ce conflit soit de suspendre l'application d'un traité applicable entre eux à ce moment, soit d'y mettre fin. Comme l'a fait observer McNair: «Il n'y a pas d'impossibilité juridique intrinsèque ... à la formation d'obligations conventionnelles entre deux belligérants opposés lors d'une guerre»¹⁶⁹. De tels accords ont été conclus dans la pratique et un certain nombre d'auteurs les ont évoqués. Faisant dans une certaine mesure écho à McNair, Gerald Fitzmaurice a fait observer dans le cadre de ses conférences à La Haye:

¹⁶⁹ McNair, *The Law of Treaties*, (voir *supra*, note 66), p. 696.

«Là encore, il n'y a pas d'impossibilité intrinsèque à ce que des traités soient effectivement conclus entre deux belligérants au cours d'une guerre. De fait, c'est ce qui se passe lorsque, par exemple, un accord d'armistice est conclu entre belligérants. C'est aussi ce qui se passe lorsque des belligérants concluent des accords spéciaux pour l'échange de personnel, ou pour permettre à du personnel ennemi de traverser leur territoire en sécurité, etc. Ces accords peuvent devoir être conclus par le truchement d'un État tiers neutre ou d'une puissance protectrice, mais, une fois conclus, ils constituent des accords internationaux valides et contraignants.»¹⁷⁰.

Article 7

Dispositions expresses sur l'application des traités

Les traités continuent de s'appliquer dans des situations de conflit armé s'ils le prévoient expressément.

Commentaire

- 1) Pour compléter l'article 6, l'article 7 envisage la possibilité qu'un traité prévienne expressément qu'il continuera de s'appliquer dans les situations de conflit armé. Il énonce la règle générale selon laquelle lorsqu'un traité en dispose ainsi, il demeure applicable dans les situations de conflit armé.
- 2) La formulation de l'article 7 est axée sur le fait que «l'applicabilité» des types de traités à l'examen n'est pas affectée par un conflit. Initialement, la disposition prévoyait que le traité continuait d'être «en vigueur» (*in force*). Certaines propositions ont été faites visant à remplacer ce terme par «*apply*» ou «*operate*» dans le texte anglais. Il a décidé de retenir ce dernier terme afin que l'accent soit mis non sur le point de savoir si le traité demeurerait ou non en vigueur ou s'il était potentiellement applicable, mais s'il était effectivement appliqué en situation de conflit armé.
- 3) On a débattu du point de savoir s'il fallait conserver l'adverbe «expressément». Selon une opinion, cet adverbe était inutilement limitatif, puisqu'il y avait des traités qui, bien que ne le prévoyant pas expressément, continuaient de s'appliquer par implication. Toutefois, après réflexion, il a été décidé de conserver une formulation plus stricte, qui ne

¹⁷⁰ *Recueil des Cours*, ... vol. 73 (1948, II), p. 309.

visé que les traités contenant de telles dispositions expresses, les traités continuant de s'appliquer par implication nécessaire étant couverts par les articles 4 et 5.

4) À strictement parler, l'article 7 peut sembler redondant, mais on a généralement reconnu qu'une telle disposition était justifiée par le souci de la clarté de l'exposé.

Article 8

Notification de l'extinction, du retrait ou de la suspension

1. L'État engagé dans un conflit armé qui a l'intention de mettre fin à un traité auquel il est partie, de s'en retirer, ou d'en suspendre l'application notifie cette intention soit à l'autre État partie ou aux autres États parties au traité, soit au dépositaire du traité.

2. La notification prend effet à sa réception par l'autre État partie ou par les autres États parties.

3. Rien dans les paragraphes qui précèdent ne porte atteinte au droit d'une partie de faire objection, conformément au traité ou aux règles applicables du droit international, à l'extinction, au retrait ou à la suspension de l'application.

Commentaire

1) Le projet d'article 8 établit une obligation fondamentale de notifier l'extinction du traité, le retrait d'une partie ou la suspension de l'application du traité. Le texte repose sur l'article 65 de la Convention de Vienne, mais il a été affiné et adapté au contexte d'un conflit armé. L'intention est d'établir une obligation fondamentale de notification, tout en reconnaissant le droit d'un autre État partie au traité de formuler une objection, et non d'aller plus loin. En d'autres termes, dans de telles situations il y aurait un différend qui demeurerait sans règlement, au moins pendant le reste de la durée du conflit. On a reconnu qu'il n'était pas possible de conserver un équivalent plus complet de l'article 65, car il n'était pas réaliste de chercher à imposer un régime de règlement pacifique des différends s'agissant de l'extinction d'un traité, du retrait d'une partie ou de la suspension de l'application du traité dans le contexte d'un conflit armé.

2) Au paragraphe 1, le texte a été aligné sur celui de la Convention de Vienne, le mot «souhaitant» ayant été remplacé par «qui a l'intention de», et les mots «cette intention» ajoutés pour préciser l'objet de la notification. La possibilité a été envisagée de parler de notifier «sa prétention», terme utilisé dans la Convention de Vienne, mais il a été décidé de ne pas le faire afin de distinguer plus clairement la procédure prévue dans l'article de celle prévue à l'article 65 de la Convention de Vienne.

3) S'agissant des mots «soit au dépositaire», on a proposé de les remplacer par «et au dépositaire», et de supprimer la référence aux «autres États». On a toutefois conservé le texte initialement proposé parce que c'est la fonction du dépositaire d'adresser des notifications aux parties. De plus, certains traités n'ont pas de dépositaire. C'est pourquoi il fallait au paragraphe 1 prévoir la possibilité d'adresser une notification soit aux États parties soit au dépositaire. Toutefois, s'agissant du moment où la notification prend effet, le moment qui importe est celui où l'autre État partie ou les autres États parties la reçoivent, et non le moment auquel le dépositaire la reçoit. C'est pourquoi le dépositaire n'est pas mentionné au paragraphe 2.

4) S'agissant de ce paragraphe 2, on a examiné une proposition tendant à préciser que c'est «l'extinction, la suspension de l'application ou le retrait d'une partie» qui prend effet dès réception de la notification. On a toutefois décidé de conserver la seule mention de la «notification», car adopter l'amendement proposé aurait eu pour effet d'indiquer que l'extinction, la suspension de l'application ou le retrait d'une partie prendrait effet immédiatement dès la réception alors qu'il est prévu au paragraphe 3 qu'une partie au traité conserve le droit de faire objection à l'extinction.

5) Au paragraphe 3, l'intention est de préserver le droit pouvant exister en vertu d'un traité ou du droit international général de faire objection à l'extinction, la suspension de l'application ou le retrait d'une partie. L'objection est donc faite à l'intention de mettre fin au traité, d'en suspendre l'application ou de s'en retirer, qui est communiquée par la notification envisagée au paragraphe 1.

Article 9

Obligations imposées par le droit international indépendamment d'un traité

L'extinction, le retrait, ou la suspension de l'application, lorsqu'ils résultent d'un conflit armé, ne dégagent en aucune manière un État de son devoir de remplir toute obligation énoncée dans le traité à laquelle il serait soumis en vertu du droit international indépendamment dudit traité.

Commentaire

1) Les projets d'articles 9 à 11 visent à établir un régime modifié calqué sur les articles 43 à 45 de la Convention de Vienne. L'article 9 a son origine dans l'article 43 de la Convention de Vienne. Son objet est de préserver l'obligation d'exécuter une obligation en vertu du droit international général, quand la même obligation figure dans un traité

auquel il a été mis fin ou dont l'application a été suspendue, ou duquel l'État partie s'est retiré, en raison d'un conflit armé. Ce dernier point, à savoir le lien avec le conflit armé, a été ajouté pour placer la disposition dans le contexte qui est le sien aux fins du présent projet d'articles.

2) Le principe énoncé dans cet article semble banal car le droit international coutumier continue de s'appliquer «en dehors» des obligations conventionnelles. Dans son fameux *dictum* dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour internationale de Justice a déclaré:

«Le fait que les principes susmentionnés [du droit international général et coutumier], et reconnus comme tels, sont codifiés ou incorporés dans des conventions multilatérales ne veut pas dire qu'ils cessent d'exister et de s'appliquer en tant que principes de droit coutumier, même à l'égard de pays qui sont parties auxdites conventions.»¹⁷¹.

Article 10

Divisibilité des dispositions d'un traité

L'extinction, le retrait ou la suspension de l'application du fait d'un conflit armé visent l'ensemble du traité, à moins que celui-ci n'en dispose ou que les parties n'en conviennent autrement, et hormis dans les cas suivants:

a) Le traité contient des clauses séparables du reste du traité en ce qui concerne leur exécution;

b) Il ressort du traité, ou il est par ailleurs établi, que l'acceptation des clauses en question n'a pas constitué pour l'autre partie ou pour les autres parties au traité une base essentielle de leur consentement à être liées par le traité dans son ensemble; et

c) Il n'est pas injuste de continuer à exécuter ce qui subsiste du traité.

Commentaire

1) L'article 10 traite de la possibilité de séparer les dispositions des traités qui sont affectés par un conflit armé.

¹⁷¹ *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, compétence de la Cour et recevabilité de la requête*, arrêt du 26 novembre 1984, C.I.J. Recueil 1984, par. 73, voir également l'opinion dissidente du juge Morelli dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord*, C.I.J. Recueil 1969, p. 198.

2) Pour certains, on pouvait craindre que, dans sa version initiale, le chapeau, calqué sur les dispositions correspondantes de l'article 44 de la Convention de Vienne, donne l'impression que la règle par défaut était qu'il était mis fin à l'ensemble du traité ou que son application était suspendue à moins qu'il n'y ait des motifs de séparer des dispositions. On a noté que la question de l'effet d'un conflit armé était différente de celle envisagée dans la Convention de Vienne, au sens qu'il existe une pratique selon laquelle l'effet d'un conflit armé sur certains traités est seulement partiel. Procéder autrement donnerait à penser que c'est toujours l'ensemble du traité qui est affecté. Le projet d'article 5 reconnaît donc que le contenu d'un traité peut impliquer qu'il continue de s'appliquer durant un conflit armé. Il a toutefois été décidé de conserver l'article 10, et de régler le problème en remaniant le chapeau afin de ne plus souligner la préexistence dans le traité d'un droit d'y mettre fin, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application.

3) Les alinéas *a* à *c* reproduisent mot pour mot le texte des dispositions correspondantes de l'article 44 de la Convention de Vienne.

Article 11

Perte du droit de mettre fin au traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application

Un État ne peut plus mettre fin à un traité, s'en retirer ou en suspendre l'application du fait d'un conflit armé si cet État:

- a) A explicitement accepté que le traité reste en vigueur ou continue d'être applicable; ou
- b) Doit, à raison de sa conduite, être considéré comme ayant acquiescé au maintien en vigueur du traité ou à son maintien en application.

Commentaire

L'article 11 est fondé sur la disposition équivalente de la Convention de Vienne, à savoir l'article 45. Cette disposition traite de la perte du droit de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application. Une référence à l'existence d'un conflit armé a été ajoutée dans le chapeau.

Article 12

Remise en application des traités

La remise en application d'un traité qui a été suspendu du fait d'un conflit armé est déterminée conformément aux critères visés au projet d'article 4.

Commentaire

- 1) Ce projet d'article constitue un développement du projet d'article 4, et traite de la reprise de l'application des traités dont l'application a été suspendue en raison d'un conflit armé. Les critères visés dans le projet d'article 4 sont aussi pertinents pour l'application du présent projet d'article. Ainsi, les articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ainsi que la nature et l'ampleur du conflit armé, l'effet du conflit armé sur le traité, la teneur du traité et le nombre des parties à celui-ci peuvent être pris en considération.
- 2) La question de savoir quand l'application d'un traité reprend doit être réglée au cas par cas.

Article 13

Effet sur un traité de l'exercice du droit de légitime défense à titre individuel ou collectif

Un État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 13 est le premier de trois articles, fondé sur la résolution pertinente de l'Institut de droit international adoptée à la session d'Helsinki en 1985¹⁷². Le projet d'article 13 exprime la nécessité de reconnaître clairement que le projet d'articles ne crée pas d'avantages en faveur d'un État agresseur. Le même impératif de principe est également exprimé dans les projets d'articles 14 et 15.
- 2) Ce projet d'article envisage la situation d'un État exerçant son droit de légitime défense individuelle ou collective conformément à la Charte des Nations Unies. Un tel État est habilité à suspendre en tout ou en partie l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit. Ce projet d'article doit être compris dans le contexte de l'application du régime prévu par la Charte des Nations Unies, comme l'envisagent les projets d'articles 14 et 15.

¹⁷² En particulier, l'article 7 de la résolution de l'Institut se lit comme suit:

«Un État qui exerce son droit de légitime défense à titre individuel ou collectif en conformité avec la Charte des Nations Unies peut suspendre, en tout ou en partie, l'application d'un traité incompatible avec l'exercice de ce droit, sous réserve des conséquences pouvant résulter du fait que cet État serait ultérieurement désigné comme agresseur par le Conseil de sécurité.».

Article 14

Décisions du Conseil de sécurité

Le présent projet d'articles est sans préjudice des effets juridiques des décisions prises par le Conseil de sécurité conformément aux dispositions du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 14 vise à préserver les effets juridiques des décisions prises par le Conseil de sécurité en application du Chapitre VII de la Charte des Nations Unies. Il a la même fonction que l'article 8 de la résolution de 1985 de l'Institut de droit international¹⁷³. La Commission a préféré présenter la disposition sous la forme d'une clause «sans préjudice» plutôt que dans la formulation plus affirmative adoptée par l'Institut.
- 2) Certains membres étaient favorables à la suppression de la mention des «dispositions du Chapitre VII», au motif qu'il était possible que le Conseil prenne des décisions en vertu d'autres chapitres de la Charte. Cette référence au Chapitre VII a néanmoins été conservée parce que le contexte du projet d'articles est celui des conflits armés.
- 3) En vertu de l'Article 103 de la Charte des Nations Unies, en cas de conflit entre les obligations des États Membres des Nations Unies découlant de la Charte et leurs obligations découlant de tout autre accord international, les premières priment. Outre les droits et obligations prévus dans la Charte elle-même, l'Article 103 vise les devoirs découlant des décisions exécutoires des organes des Nations Unies. En particulier, la primauté des décisions du Conseil de sécurité selon l'Article 103 a été largement acceptée dans la pratique comme dans la doctrine¹⁷⁴.
- 4) Le projet d'article 14 ne dit rien des diverses questions susceptibles de se poser en conséquence de l'Article 103.

¹⁷³ L'article 8 de la résolution de l'Institut se lit comme suit:

«Un État qui se conforme à une résolution du Conseil de sécurité des Nations Unies concernant une action en cas de menace contre la paix, de rupture de la paix ou d'acte d'agression mettra fin à tout traité qui serait incompatible avec une telle résolution, ou en suspendra l'application.».

¹⁷⁴ Voir en particulier l'étude analytique du Groupe d'étude de la Commission sur la fragmentation du droit international (A/CN.4/L.682, par. 328 à 340).

Article 15

Interdiction pour un État de tirer avantage de l'agression

Un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application du fait d'un conflit armé, si une telle mesure devait avoir pour conséquence de lui procurer un avantage.

Commentaire

- 1) Le projet d'article 15 interdit à un État agresseur de bénéficier de la possibilité de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application du fait d'un conflit armé qu'il a provoqué. Le libellé de cette disposition s'inspire du texte de l'article 9 de la résolution de l'Institut¹⁷⁵, moyennant certains ajustements, consistant en particulier à prévoir la possibilité de retrait d'un traité et à préciser que les traités concernés sont ceux auxquels il est mis fin, dont on se retire ou dont l'application est suspendue *du fait* du conflit armé en question.
- 2) Le titre du projet d'article souligne que la disposition traite moins de la question de la commission d'une agression que de l'avantage qu'un État agresseur pourrait tirer du conflit armé en question s'agissant de mettre fin à un traité, de s'en retirer ou d'en suspendre l'application.

Article 16

Droits et obligations découlant du droit de la neutralité

Le présent projet d'articles est sans préjudice des droits et obligations des États découlant du droit de la neutralité.

Commentaire

Le projet d'article 16 est également une clause «sans préjudice», qui vise à préserver les droits et obligations découlant pour les États du droit de la neutralité. On a préféré ce libellé à une version antérieure qui visait plus précisément le «statut des États tiers en tant que neutres». On a estimé que ce mot «neutre» était imprécis, parce qu'il pouvait viser

¹⁷⁵ L'article 9 de la résolution de l'Institut se lit comme suit:

«Un État qui commet une agression au sens de la Charte des Nations Unies et de la résolution 3314 (XXIX) de l'Assemblée générale des Nations Unies n'est pas en droit de mettre fin à un traité, ni d'en suspendre l'application, si une telle mesure devait avoir pour effet de lui procurer un avantage.».

aussi bien la neutralité formelle que la simple non-belligérance. Le remaniement effectué fait de la disposition une clause de sauvegarde.

Article 17

Autres cas d’extinction, de retrait ou de suspension

Le présent projet d’articles est sans préjudice de l’extinction, du retrait ou de la suspension de l’application résultant notamment:

- a) De l’accord des parties; ou
- b) D’une violation substantielle; ou
- c) De la survenance d’une situation rendant l’exécution impossible; ou
- d) D’un changement fondamental de circonstances.

Commentaire

1) Le projet d’article 17 préserve la possibilité de l’extinction des traités, du retrait d’une partie ou de la suspension de leur application par l’effet d’autres règles du droit international – dans le cas des quatre exemples donnés aux alinéas *a* à *d*, par l’application de la Convention de Vienne, en particulier de ses articles 54 à 62. Le mot «Autres» dans le titre vise à indiquer que ces cas s’ajoutent à ceux prévus dans le présent projet d’articles, et le mot «notamment» à la fin du chapeau que les alinéas *a* à *d* constituent une liste indicative.

2) On pourrait dire que cette réserve formule une évidence, mais on a jugé que cette clarification était utile. Elle vise à éviter de donner à penser que la survenance d’un conflit armé donne naissance à une *lex specialis* excluant les autres motifs d’extinction, de retrait ou de suspension.

Article 18

Remise en vigueur des relations conventionnelles après un conflit armé

Le présent projet d’articles est sans préjudice du droit des États parties à un conflit armé de régler, après le conflit, sur la base d’un accord, la remise en vigueur des traités auxquels il a été mis fin ou dont l’application a été suspendue en raison du conflit armé.

Commentaire

- 1) Ce projet d'article vise la situation spécifique dans laquelle le statut des accords d'«avant-guerre» est ambigu et il est nécessaire de faire une évaluation d'ensemble de la situation conventionnelle. Une telle évaluation peut en pratique impliquer la remise en vigueur de traités dont le statut était ambigu ou qui avaient été considérés comme abrogés ou suspendus du fait d'un conflit armé. Les projets d'articles ne préjugent pas les accords spécifiques réglementant la remise en vigueur de tels traités.
- 2) Le projet d'article indique clairement que le droit en question est le droit des «États» parties au conflit.

Annexe

Liste indicative des catégories de traités visés dans le projet d'article 5

- a) Les traités portant sur le droit des conflits armés, y compris les traités relatifs au droit international humanitaire;
- b) Les traités déclarant, créant ou réglementant un régime ou un statut permanent ou des droits permanents connexes, y compris les traités établissant ou modifiant des frontières terrestres ou maritimes;
- c) Les traités d'amitié, de commerce et de navigation et les accords analogues concernant des droits privés;
- d) Les traités pour la protection des droits de l'homme;
- e) Les traités relatifs à la protection de l'environnement;
- f) Les traités relatifs aux cours d'eau internationaux et installations et ouvrages connexes;
- g) Les traités relatifs aux aquifères et installations et ouvrages connexes;
- h) Les traités multilatéraux normatifs;

i) Les traités relatifs au règlement des différends entre États par des moyens pacifiques, notamment la conciliation, la médiation, l'arbitrage ou la saisine de la Cour internationale de Justice;

j) Les traités relatifs à l'arbitrage commercial;

k) Les traités relatifs aux relations diplomatiques;

l) Les traités relatifs aux relations consulaires.

CHAPITRE VI

RÉSERVES AUX TRAITÉS

A. Introduction

67. À sa quarante-cinquième session (1993), la Commission du droit international a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet intitulé «Le droit et la pratique concernant les réserves aux traités»¹⁷⁶ et, à sa quarante-sixième session (1994), elle a nommé M. Alain Pellet Rapporteur spécial pour le sujet¹⁷⁷.

68. À la quarante-septième session (1995), à l'issue de l'examen de son premier rapport¹⁷⁸ par la Commission, le Rapporteur spécial a résumé les conclusions qu'il tirait des débats de la Commission sur le sujet: celles-ci avaient trait au titre du sujet, qui devrait se lire dorénavant «Réserves aux traités», à la forme du résultat de l'étude, qui devrait se présenter comme un guide de la pratique en matière de réserves, à la souplesse avec laquelle les travaux devraient être conduits et au consensus qui s'était dégagé au sein de la Commission pour considérer qu'il n'y avait pas lieu de modifier les dispositions pertinentes des Conventions de Vienne de 1969, 1978 et 1986¹⁷⁹. De l'avis de la Commission, ces conclusions constituaient le résultat de l'étude préliminaire demandée par l'Assemblée générale dans ses résolutions 48/31 du 9 décembre 1993 et 49/51 du 9 décembre 1994. Quant au Guide de la pratique, il se présenterait sous la forme de directives accompagnées de commentaires, qui seraient utiles pour la pratique des États et des organisations internationales; ces directives seraient, au besoin, accompagnées de clauses types. À la même session (1995), conformément à sa pratique antérieure¹⁸⁰, la Commission a autorisé le Rapporteur spécial à établir un questionnaire détaillé sur les réserves aux traités pour s'enquérir de la pratique suivie et des problèmes rencontrés par les États et les organisations internationales, particulièrement celles qui étaient dépositaires de conventions multilatérales. Ce questionnaire a été adressé à ses destinataires par le secrétariat. Dans sa résolution 50/45 du 11 décembre 1995,

¹⁷⁶ Par sa résolution 48/31 du 9 décembre 1993, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission.

¹⁷⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, quarante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/49/10)*, par. 382.

¹⁷⁸ A/CN.4/470 et Corr.1.

¹⁷⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquantième session, Supplément n° 10 (A/50/10)*, par. 491.

¹⁸⁰ Voir *Annuaire ... 1993*, vol. II (deuxième partie), par. 286.

l'Assemblée générale a pris note des conclusions de la Commission, qu'elle a invitée à poursuivre ses travaux selon les modalités indiquées dans son rapport, et elle a aussi invité les États à répondre au questionnaire¹⁸¹.

69. À ses quarante-huitième (1996) et quarante-neuvième (1997) sessions, la Commission était saisie du deuxième rapport¹⁸² du Rapporteur spécial sur le sujet, auquel était annexé un projet de résolution sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, établi à l'intention de l'Assemblée générale en vue d'appeler l'attention sur les données juridiques du problème et de les clarifier¹⁸³. À sa quarante-neuvième session (1997), la Commission a adopté des conclusions préliminaires sur les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme¹⁸⁴. Dans sa résolution 52/156 du 15 décembre 1997, l'Assemblée générale a pris note des conclusions préliminaires de la Commission ainsi que du fait que celle-ci avait invité tous les organes créés par des traités multilatéraux normatifs qui le souhaitaient à formuler par écrit leurs commentaires et observations sur ces conclusions, et elle a appelé l'attention des gouvernements sur le fait qu'il importait qu'ils communiquent à la Commission du droit international leurs vues sur les conclusions préliminaires.

70. De sa cinquantième session (1998) à sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a examiné 10 autres rapports¹⁸⁵ du Rapporteur spécial¹⁸⁶ et adopté à titre provisoire 85 projets de directives et les commentaires y relatifs.

¹⁸¹ Au 31 juillet 2008, 33 États et 26 organisations internationales avaient répondu au questionnaire.

¹⁸² A/CN.4/477 et Add.1.

¹⁸³ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante et unième session, Supplément n° 10 (A/51/10)*, par. 137.

¹⁸⁴ *Ibid.*, cinquante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/52/10)*, par. 157.

¹⁸⁵ Troisième rapport (A/CN.4/491 et Corr.1 (anglais seulement), Add.1, Add.2 et Corr.1, Add.3 et Corr.1 (arabe, français, russe seulement), Add.4 et Corr.1, Add.5 et Add.6 et Corr.1); Quatrième rapport (A/CN.4/499); Cinquième rapport (A/CN.4/508 et Add.1 à 4); Sixième rapport (A/CN.4/518 et Add.1 à 3); Septième rapport (A/CN.4/526 et Add.1 à 3); Huitième rapport (A/CN.4/535 et Add.1); Neuvième rapport (A/CN.4/544); Dixième rapport (A/CN.4/558 et Corr.1, Add.1 et Corr.1 et Add.2); Onzième rapport (A/CN.4/574) et Douzième rapport (A/CN.4/584).

¹⁸⁶ Pour une présentation historique détaillée, voir *Documents officiels, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 257 à 269.

B. Examen du sujet à la présente session

71. À la présente session, la Commission était saisie du treizième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/600) consacré aux réactions aux déclarations interprétatives. La Commission était aussi saisie d'une note du Rapporteur spécial sur un projet de directive 2.1.9 concernant la motivation des réserves (A/CN.4/586) qui avait été soumise à la fin de la cinquante-neuvième session.

72. La Commission a examiné d'abord la note du Rapporteur spécial à sa 2967^e séance le 27 mai 2008. À la même séance, elle a décidé de renvoyer le nouveau projet de directive 2.1.9 au Comité de rédaction.

73. La Commission a examiné le treizième rapport du Rapporteur spécial de sa 2974^e à sa 2978^e séance, du 7 au 15 juillet 2008.

74. À sa 2978^e séance, le 15 juillet 2008, la Commission a décidé de renvoyer les projets de directives 2.9.1 (y compris le deuxième paragraphe du projet de directive 2.9.3) à 2.9.10 au Comité de rédaction, tout en soulignant que le projet de directive 2.9.10 était sans préjudice du maintien à un stade ultérieur ou non des projets de directives sur les déclarations interprétatives conditionnelles. De plus, la Commission espérait que le Rapporteur spécial préparerait des projets de directives sur la forme, la motivation et la communication des déclarations interprétatives.

75. À sa 2970^e séance, le 3 juin 2008, la Commission a examiné et adopté à titre provisoire les projets de directives 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) (tel que révisé¹⁸⁷), 2.1.9 (Motivation [des réserves]), 2.6.6 (Formulation conjointe [des objections aux réserves]), 2.6.7 (Forme écrite), 2.6.8 (Expression de l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité), 2.6.9 (Procédure de formulation des objections), 2.6.10 (Motivation), 2.6.13 (Délai de formulation d'une objection), 2.6.14 (Objections conditionnelles), 2.6.15 (Objections tardives), 2.7.1 (Retrait des objections aux réserves), 2.7.2 (Forme du retrait des objections aux réserves), 2.7.3 (Formulation et communication du retrait des objections aux réserves), 2.7.4 (Effet du retrait d'une objection sur la réserve), 2.7.5 (Date d'effet du retrait d'une objection), 2.7.6 (Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection peut fixer unilatéralement la date d'effet

¹⁸⁷ Voir A/62/10, par. 45.

du retrait de l'objection à la réserve), 2.7.7 (Retrait partiel d'une objection), 2.7.8 (Effet du retrait partiel d'une objection) et 2.7.9 (Aggravation d'une objection à une réserve).

76. À sa 2974^e séance, le 7 juillet 2008 la Commission a examiné et adopté à titre provisoire les projets de directives 2.6.5 (Auteur [d'une objection]), 2.6.11 (Non-exigence de la confirmation d'une objection faite avant la confirmation formelle de la réserve), 2.6.12 (Exigence de la confirmation d'une objection formulée avant l'expression du consentement à être lié par le traité) et 2.8 (Formes d'acceptation des réserves).

77. À sa 2988^e séance, le 31 juillet 2008, la Commission a pris note des projets de directives 2.8.1 à 2.8.12 adoptés à titre provisoire par le Comité de rédaction.

78. À ses 2991^e, 2992^e et 2993^e séances, les 5 et 6 août 2008, la Commission a adopté les commentaires relatifs aux projets de directives précités.

79. Le texte de ces projets de directives et les commentaires y relatifs sont reproduits à la section C.2 ci-après.

1. Présentation du treizième rapport par le Rapporteur spécial

80. En présentant son treizième rapport, qui traite des réactions aux déclarations interprétatives ainsi qu'aux déclarations interprétatives conditionnelles, le Rapporteur spécial a précisé l'état d'avancement du projet relatif aux réserves aux traités. La lenteur qui lui était parfois reprochée à cet égard relevait en réalité à la fois de la nature même de l'instrument qu'élabore la Commission (un guide de la pratique et non un projet d'articles) et d'un choix délibéré, consistant à privilégier une réflexion approfondie et un large débat sur le sujet. Bien que la Commission elle-même ait encore à examiner et adopter un nombre important de directives, il était raisonnable d'envisager que la deuxième partie du Guide de la pratique pourrait être achevée lors de la soixante et unième session de la Commission.

81. Le treizième rapport, qui constituait en réalité la suite du douzième rapport (A/CN.4/584), vise à compléter l'examen des questions de formulation et de procédure. Le Rapporteur spécial a souligné que l'analyse des réactions aux déclarations interprétatives devait procéder de deux constatations. La première a trait au silence complet que les Conventions de Vienne sur le droit des traités observent à propos des déclarations interprétatives, lesquelles n'ont été que très rarement évoquées lors des travaux préparatoires. La seconde réside dans les fonctions distinctes que remplissent les réserves,

d'une part, et les déclarations interprétatives et déclarations interprétatives conditionnelles, de l'autre, telles qu'elles sont définies dans les directives 1.2 et 1.2.1. Dès lors, il n'est pas possible de transposer au cas de ces déclarations les règles applicables aux réserves, même si le silence des textes et la rareté de la pratique relative aux premières invitent à s'inspirer du régime juridique des secondes.

82. Le Rapporteur spécial a distingué quatre sortes de réactions possibles à la formulation d'une déclaration interprétative: l'approbation, l'opposition, le silence et la requalification, par laquelle l'État intéressé indique que, selon lui, la déclaration interprétative constitue en réalité une réserve.

83. L'approbation expresse d'une déclaration interprétative ne soulève pas de difficulté particulière, une analogie pouvant ici être faite avec l'«accord ultérieur intervenu entre les parties au sujet de l'interprétation du traité», dont l'article 31, paragraphe 3, alinéa *a*, de la Convention de Vienne invite à tenir compte. Il n'est cependant pas possible d'assimiler l'approbation d'une déclaration interprétative à l'acceptation d'une réserve, dès lors que celle-ci peut nouer la relation conventionnelle ou modifier l'effet du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'acceptation. Par les termes qu'il emploie, le projet de directive 2.9.1¹⁸⁸ vise à préserver cette distinction.

84. Le Rapporteur spécial a également relevé qu'à l'instar des objections aux réserves, plus répandues que les acceptations expresses de celles-ci, les réactions négatives aux déclarations interprétatives étaient plus fréquentes que les approbations de ces dernières. Aux réactions qui visent simplement à signifier le rejet de l'interprétation avancée, il convient d'ajouter les cas dans lesquels un État ou une organisation internationale marque ce refus par une interprétation alternative. Le projet de directive 2.9.2¹⁸⁹ reflète ces deux éventualités.

¹⁸⁸ Le projet de directive 2.9.1 se lit comme suit:

2.9.1 Approbation d'une déclaration interprétative

On entend par «approbation» d'une déclaration interprétative une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en réaction à une déclaration interprétative d'un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle son auteur exprime son accord avec l'interprétation proposée dans cette déclaration.

¹⁸⁹ Le projet de directive 2.9.2 se lit comme suit:

2.9.2 Opposition à une déclaration interprétative

On entend par «opposition» à une déclaration interprétative, une déclaration unilatérale, faite par un État ou une organisation internationale en réaction à une déclaration interprétative à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle son auteur rejette

85. Dans tous les cas, les réactions aux déclarations interprétatives ont des effets différents de ceux que produisent les réactions aux réserves, ne serait-ce que dans la mesure où les premières sont dépourvues de conséquences sur l'entrée en vigueur du traité ou l'établissement des relations conventionnelles. C'est pourquoi le Rapporteur spécial préférerait employer, pour désigner les réactions aux déclarations interprétatives, les termes «approbation» et «opposition», distincts des vocables «acceptation» et «objection» utilisés pour décrire les réactions aux réserves. La question des effets des déclarations interprétatives et des réactions qu'elles entraînent serait traitée dans la troisième partie du Guide de la pratique.

86. À ces diverses réactions, il convient d'ajouter l'hypothèse de la «requalification» définie dans le projet de directive 2.9.3¹⁹⁰, par laquelle l'État ou l'organisation internationale signifie que la déclaration présentée comme interprétative par son auteur constitue en réalité une réserve. Cette pratique relativement fréquente se fonde sur les critères habituels de distinction entre réserves et déclarations interprétatives. Dès lors, le Rapporteur spécial estimait que le projet de directive pourrait utilement renvoyer aux projets de directives 1.3 à 1.3.3, en laissant aux membres de la Commission le soin d'apprécier le degré d'intensité qui devait être conféré à ce renvoi.

87. Le projet de directive 2.9.4¹⁹¹ traite à la fois du délai dans lequel il est possible de réagir à une déclaration interprétative et de l'auteur de la réaction. En ce qui concerne la question du délai, le Rapporteur spécial a justifié le fait que la réaction puisse intervenir à tout moment non seulement par un souci de symétrie avec ce que prévoit le projet de directive 2.4.3 pour les déclarations interprétatives elles-mêmes, mais aussi par l'absence

l'interprétation proposée dans la déclaration interprétative ou propose une autre interprétation que celle retenue dans celle-ci afin d'en exclure ou limiter les effets.

¹⁹⁰ Le projet de directive 2.9.3 se lit comme suit:

2.9.3 Requalification d'une déclaration interprétative

On entend par «requalification» une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en réaction à une déclaration relative à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale en tant que déclaration interprétative, par laquelle son auteur vise à considérer cette dernière déclaration comme étant une réserve et à la traiter en conséquence.

[Lorsqu'ils procèdent à une requalification, les États et les organisations internationales [prennent en compte][appliquent] les projets de directive 1.3 à 1.3.3.].

¹⁹¹ Le projet de directive 2.9.4 se lit comme suit:

2.9.4 Faculté de formuler une approbation, une protestation ou une requalification

L'approbation, l'opposition et la requalification d'une déclaration interprétative peuvent être formulées à tout moment par tout État contractant et par toute organisation internationale contractante, ainsi que par tout État et toute organisation internationale ayant qualité pour devenir partie au traité.

de formalisme régissant ces déclarations, qui sont parfois connues des États et organisations concernés bien après qu'elles ont été énoncées. Pour ce qui est de l'auteur de la réaction, cette faculté devrait être ouverte à tous les États et organisations contractants ou ayant qualité pour devenir parties. De l'avis du Rapporteur spécial en effet, il n'est pas nécessaire d'appliquer aux réactions aux déclarations interprétatives la restriction que le projet de directive 2.6.5 pose quant à l'auteur d'une objection à une réserve. À la différence d'une objection, qui produit des effets sur la relation conventionnelle, la réaction qu'entraîne une déclaration interprétative a une simple valeur indicative; rien ne justifie par conséquent que cette réaction ne puisse être prise en considération qu'une fois que son auteur est devenu partie au traité.

88. Rappelant les termes employés par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur le *Statut international du Sud-Ouest africain*¹⁹², le Rapporteur spécial a souligné que les réactions aux déclarations interprétatives visent à produire des effets juridiques. Il est donc important qu'elles soient motivées et formulées par écrit, de façon à ce que les autres États et organisations internationales parties au traité ou ayant qualité pour le devenir en soient avertis. Toutefois, il n'y a pas là une obligation juridique; celle-ci serait d'ailleurs d'autant plus difficile à justifier qu'elle conduirait à soumettre les réactions aux déclarations interprétatives à des conditions de forme et de procédure plus strictes que celles qui régissent les déclarations interprétatives elles-mêmes.

89. Les projets de directives que la Commission déciderait de consacrer à la forme et à la procédure des réactions aux déclarations interprétatives devraient donc être rédigés comme des recommandations, ce que permet d'ailleurs l'élaboration d'un guide de la pratique. C'est dans cette perspective qu'étaient présentés, dans le treizième rapport, les projets de directives 2.9.5¹⁹³, 2.9.6¹⁹⁴ et 2.9.7¹⁹⁵. De l'avis du Rapporteur spécial, la

¹⁹² «L'interprétation d'instruments juridiques donnée par les parties elles-mêmes, si elle n'est pas concluante pour en déterminer le sens, jouit néanmoins d'une grande valeur probante quand cette interprétation contient la reconnaissance par l'une des parties de ses obligations en vertu d'un instrument.» (avis consultatif du 11 juillet 1950, *C.I.J. Recueil*, p. 135 et 136).

¹⁹³ Le projet de directive 2.9.5 se lit comme suit:

2.9.5 Forme écrite de l'approbation, de l'opposition et de la requalification

L'approbation, l'opposition et la requalification d'une déclaration interprétative devraient être formulées par écrit.

¹⁹⁴ Le projet de directive 2.9.6 se lit comme suit:

2.9.6 Motivation de l'approbation, de l'opposition et de la requalification

L'approbation, l'opposition et la requalification d'une déclaration interprétative devraient être, dans la mesure du possible, motivées.

formulation de tels projets de directives devrait conduire la Commission à s'interroger sur la nécessité de combler l'absence de dispositions équivalentes s'agissant des déclarations interprétatives elles-mêmes. Au nombre des solutions envisageables à cet égard, le Rapporteur spécial a suggéré que la question soit traitée dans le commentaire, qu'elle soit réservée pour la seconde lecture ou qu'il soumette des projets de directives correspondants.

90. Du point de vue du Rapporteur spécial, une autre différence d'importance méritait d'être faite entre les réactions aux réserves et celles qu'entraînent les déclarations interprétatives. Dans le cas des réserves, le régime de Vienne prévoit qu'une présomption d'acceptation découle du silence des États intéressés. Rien de tel ne peut être inféré du silence conservé face à une déclaration interprétative, sauf à admettre l'existence d'une obligation, qui n'existe pas dans la pratique, selon laquelle l'État devrait répondre à la formulation d'une telle déclaration. C'est cette absence de présomption que le projet de directive 2.9.8¹⁹⁶ reflète.

91. Il est toutefois possible que l'approbation d'une déclaration interprétative résulte du silence conservé par les États ou les organisations internationales intéressés, dans le cas où il peut être légitimement attendu que ces derniers fassent expressément connaître leur opposition éventuelle à l'interprétation avancée. Les termes généraux employés dans le projet de directive 2.9.9¹⁹⁷ visent à signaler cette hypothèse, sans entreprendre la tâche déraisonnable qui consisterait à détailler dans le Guide de la pratique un ensemble de règles relatives à l'acquiescement en droit international.

¹⁹⁵ Le projet de directive 2.9.7 se lit comme suit:

2.9.7 Formulation et communication de l'approbation, de l'opposition et de la requalification

La formulation et la communication de l'approbation, de l'opposition et de la requalification d'une déclaration interprétative devraient, *mutatis mutandis*, être effectuées conformément aux projets de directives 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7.

¹⁹⁶ Le projet de directive 2.9.8 se lit comme suit:

2.9.8 Absence de présomption d'approbation ou d'opposition

L'approbation ou l'opposition à une déclaration interprétative ne se présume pas.

¹⁹⁷ Le projet de directive 2.9.9 se lit comme suit:

2.9.9 Le silence face à une déclaration interprétative

Le consentement à une déclaration interprétative ne résulte pas du seul silence d'un État ou d'une organisation internationale à une déclaration interprétative à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale.

Dans certaines circonstances particulières, un État ou une organisation internationale peut cependant être considéré comme ayant acquiescé à une déclaration interprétative en raison, selon le cas, de son silence ou de son comportement.

92. Le projet de directive 2.9.10¹⁹⁸, enfin, est consacré aux réactions aux déclarations interprétatives conditionnelles. Celles-ci, bien qu'elles aient pour objet l'interprétation du traité, entendent produire des effets sur les relations conventionnelles. Dès lors, les réactions qu'appellent les déclarations interprétatives conditionnelles s'apparentent davantage à l'acceptation d'une réserve ou à l'objection faite à celle-ci qu'aux réactions que peuvent entraîner les déclarations interprétatives simples. C'est pourquoi le projet de directive 2.9.10 renvoie aux sections 2.6, 2.7 et 2.8 du Guide de la pratique, sans qualifier les réactions considérées. Le Rapporteur spécial a rappelé que ce projet était présenté à titre conservatoire, à l'instar des directives consacrées aux déclarations interprétatives conditionnelles, au sujet desquelles la Commission se prononcerait définitivement après avoir vérifié que leur effet pouvait être assimilé à celui des réserves.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

93. Plusieurs membres se sont déclarés favorables à l'examen des déclarations interprétatives et des réactions qu'elles entraînent, dès lors, notamment, qu'il n'était pas possible de procéder à une simple transposition du régime applicable aux réserves, comme la Commission en avait convenu en adoptant les projets de directives 1.2 et 1.2.1. De surcroît, les déclarations interprétatives avaient une importance particulière dans la pratique, notamment dans le cas des traités qui interdisent les réserves. Selon un autre point de vue, si les remarques et les propositions contenues dans le treizième rapport étaient, dans l'ensemble, convaincantes, la nécessité même d'aborder la question des réactions aux déclarations interprétatives dans un Guide de la pratique consacré aux réserves n'était pas évidente.

94. Plusieurs membres ont approuvé la distinction des réactions possibles aux déclarations interprétatives en diverses catégories ainsi que la terminologie employée pour les distinguer des réactions aux réserves. Selon un point de vue, les exemples contenus dans le treizième rapport témoignent toutefois qu'il n'est pas toujours facile de comprendre les déclarations interprétatives ou de les rattacher à telle ou telle catégorie.

¹⁹⁸ Le projet de directive 2.9.10 se lit comme suit:

2.9.10 Réactions aux déclarations interprétatives conditionnelles

Les directives 2.6 à 2.8.12 sont applicables, *mutatis mutandis*, aux réactions des États et des organisations internationales aux déclarations interprétatives conditionnelles.

b) Commentaires spécifiques sur les projets de directives

95. Plusieurs membres ont appuyé le projet de directive 2.9.1 et le choix du terme «approbation». Il a cependant été regretté que l'effet de celle-ci ne soit pas précisé. Le souhait qu'une référence soit faite à l'article 31, paragraphe 3, alinéa *a*, des Conventions de Vienne a également été exprimé.

96. Le projet de directive 2.9.2 a reçu le soutien de plusieurs membres, même si des doutes ont été exprimés sur la référence finale aux «effets» de l'interprétation contestée, qui atténue la distinction entre l'opposition à une déclaration interprétative et l'objection à une réserve. Selon certains membres, plutôt que d'être prévues dans le projet de directive, les formes de l'explicitation des motifs de l'opposition devaient être laissées à l'État ou l'organisation concernés. Selon un autre point de vue, le projet de directive 2.9.2 devrait également viser les cas dans lesquels les autres parties considèrent que la déclaration interprétative crée des obligations supplémentaires ou élargit la portée des obligations existantes, ce qu'elles ne seraient pas disposées à accepter.

97. S'agissant du projet de directive 2.9.3, plusieurs membres ont relevé la réalité et la spécificité du phénomène de la requalification d'une déclaration interprétative, notamment dans le cadre des traités relatifs à la protection de la personne humaine. Bien que, dans la pratique, la requalification fût souvent associée à une objection, il convenait de consacrer à la première des règles procédurales spécifiques. Pour autant, il a été indiqué qu'il fallait éviter de donner l'impression selon laquelle il appartiendrait à un État autre que l'État auteur de la déclaration de déterminer la nature de celle-ci. Assurément, l'État procédant à la requalification devait appliquer à la déclaration requalifiée le régime des réserves; toutefois, cette interprétation unilatérale ne saurait prévaloir sur la position de l'État auteur de la déclaration. Il a également été souligné que les praticiens et les depositaires avaient besoin d'indications quant à la forme, au délai et aux effets juridiques des réactions à ce qu'il était possible d'appeler des «réserves déguisées».

98. Selon un autre point de vue, la requalification était une forme particulière d'opposition et devait d'autant moins faire l'objet d'une catégorie spécifique que ses conséquences ne différaient pas de celles des autres types d'oppositions; il suffisait d'inclure le cas de la requalification dans le cadre du projet de directive 2.9.2.

99. Le maintien du second alinéa du projet de directive 2.9.3 a été largement souhaité, plusieurs membres exprimant de surcroît leur préférence pour l'emploi du verbe «appliquent» plutôt que «prennent en compte». Toutefois, d'un autre point de vue, cet alinéa était inutile et devait conserver, s'il était maintenu, les termes «prennent en compte».

100. Plusieurs membres ont estimé que le projet de directive 2.9.4 incluait à juste titre la faculté de réagir des États et organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité, dès lors que les déclarations visées étaient dépourvues d'effet sur l'entrée en vigueur du traité.

101. L'avis a été exprimé que les projets de directives 2.9.5, 2.9.6 et 2.9.7 n'étaient pas nécessaires. D'un autre point de vue, ces projets de directives apportaient, nonobstant quelques précisions rédactionnelles, des clarifications utiles. Plusieurs membres ont souhaité que des dispositions équivalentes soient préparées pour les déclarations interprétatives elles-mêmes. On a aussi fait observer que la référence, dans le projet de directive 2.9.7, à la directive 2.1.6, n'avait pas lieu d'être puisqu'elle concernait un délai qui n'existe pas en ce qui concerne les déclarations interprétatives.

102. L'absence de présomption qu'énonce le projet de directive 2.9.8 a reçu le soutien de plusieurs membres. Selon un autre point de vue, ce projet n'était pas nécessaire, dans la mesure où il n'ajoutait rien aux dispositions du projet de directive 2.9.9.

103. Le projet de directive 2.9.9 a suscité un débat approfondi. Pour certains membres, il importait de souligner que, dans le cas d'une déclaration interprétative, le silence ne valait pas consentement dès lors qu'il n'y avait pas d'obligation de réagir expressément à une telle déclaration. Il a également été relevé que la notion d'acquiescement était pertinente en droit des traités, même s'il était impossible de déterminer à l'avance les circonstances dans lesquelles la «conduite» évoquée dans l'article 45 des Conventions de Vienne valait consentement. Selon plusieurs membres, le projet de directive 2.9.9 proposait une solution nuancée et devait être conservé, en ce qu'il donnait des indications utiles sur la manière d'interpréter le silence.

104. Pour d'autres membres en revanche, le projet devait être supprimé, dès lors qu'il restait très général et semblait contredire l'absence de présomption d'approbation ou d'opposition exposée dans le projet de directive 2.9.8, dont le texte et le commentaire

pouvaient fournir les précisions adéquates. À tout le moins, si le second alinéa du projet de directive 2.9.9 devait être conservé, il conviendrait de mentionner certaines circonstances particulières permettant de considérer qu'un État ou une organisation internationale a acquiescé à une déclaration interprétative.

105. Pour certains membres, en l'absence d'indications concernant les «circonstances particulières» dans lesquelles le silence de l'État valait acquiescement, il pouvait y avoir une contradiction entre les deux alinéas du projet. À cet égard, il convenait de préciser les rapports entre le silence et le comportement. Le Rapporteur spécial avait raison de marquer le rôle que peut tenir le silence pour déterminer l'existence d'un comportement d'acquiescement; en revanche, le silence ne pouvait pas, à lui seul, emporter acquiescement. Celui-ci dépendait surtout des attentes légitimes des États et organisations concernés et du contexte dans lequel s'inscrivait le silence.

106. Selon un autre point de vue, le projet de directive devait préciser que le consentement ne peut être inféré du comportement de l'État considéré que lorsque celui-ci est resté sans réaction alors qu'il avait pleine connaissance des implications de la déclaration interprétative, notamment dans les cas où le sens de la déclaration interprétative ne fait pas de doute.

107. Il a, enfin, été suggéré que le second alinéa du projet de directive 2.9.9 soit rédigé sous la forme d'une clause sans préjudice. Une telle solution permettrait de mentionner les conséquences possibles du silence en tant qu'élément de l'acquiescement, sans mettre exagérément l'accent sur ce dernier.

108. La distinction faite par le Rapporteur spécial entre déclarations interprétatives conditionnelles et déclarations interprétatives simples a été appuyée. Plusieurs membres ont toutefois exprimé des doutes quant à la pertinence de la catégorie des déclarations interprétatives conditionnelles, qui visent à modifier l'effet juridique des dispositions conventionnelles et doivent donc être assimilées à des réserves. Selon ce point de vue, il n'existait que deux catégories, celle des déclarations interprétatives et celle des réserves, dont les déclarations interprétatives conditionnelles constituaient une forme particulière. Il a également été souligné que la qualification d'un acte était déterminée par ses effets juridiques et non par sa dénomination. À cet égard, il a été noté que les déclarations interprétatives conditionnelles visant à étendre le champ d'application d'un traité devaient

être aussi considérées comme des réserves ayant pour particularité de devoir être acceptées pour produire leurs effets.

109. Pour d'autres membres, il n'était pas prudent à ce stade de dresser une analogie entre le régime des déclarations interprétatives conditionnelles et celui qui s'applique aux réserves; alors que celles-ci visent à modifier les effets juridiques du traité, celles-là subordonnent à une interprétation donnée la participation au traité. En tout état de cause, dans l'attente de la décision que la Commission prendrait sur l'opportunité de traiter spécifiquement le cas des déclarations interprétatives conditionnelles, les précautions terminologiques prises par le Rapporteur spécial dans le projet de directive 2.9.10 étaient bienvenues.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

110. Le Rapporteur spécial a constaté que son rapport n'avait pas suscité d'opposition considérable. La plupart des commentaires concernaient le deuxième paragraphe du projet de directive 2.2.9. Cependant, il souhaitait d'abord réagir aux observations faites par rapport au projet de directive 2.9.10. Il continuait de penser que les déclarations définies dans le projet de directive 1.2.1 visant à imposer une interprétation spécifique du traité n'étaient pas des réserves, car elles ne visaient pas à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité. Il a rappelé qu'en 2001 la Commission avait décidé de ne pas réviser le projet de directive 1.2.1 portant sur la définition des déclarations interprétatives conditionnelles qui constituaient une catégorie «hybride» ressemblant à la fois aux réserves et aux déclarations interprétatives. Par la suite, la Commission et le Rapporteur spécial s'étaient aperçus que le régime des déclarations interprétatives conditionnelles était très similaire, sinon identique, à celui de réserves. Toutefois, la Commission n'était pas encore prête à revenir sur sa décision de 2001 et à supprimer les directives sur les déclarations interprétatives conditionnelles en les remplaçant par une directive unique les assimilant aux réserves. Il était encore prématuré de se prononcer sans aucun doute sur l'identité absolue de deux régimes: entre-temps, la Commission avait décidé d'adopter, fût-ce à titre provisoire, des directives sur les déclarations interprétatives conditionnelles.

111. C'est dans cet esprit qu'il avait proposé le renvoi au Comité de rédaction du projet de directive 2.9.10 qui pourrait, de même que dans le passé, pour des cas similaires, être adopté à titre provisoire, confirmant ainsi l'attitude prudente de la Commission à cet

égard. Il avait cependant pris note de l'observation lui reprochant de ne pas avoir fait clairement la distinction, dans le rapport, entre les déclarations interprétatives conditionnelles et les déclarations interprétatives «simples» et il essaierait d'y remédier dans les commentaires pertinents.

112. Se tournant vers les divers points de vue exprimés au cours du débat, il était d'avis que la requalification constituait une catégorie séparée, constituant une opération différente de l'opposition: la requalification constituait un premier pas vers l'opposition mais ne s'identifiait pas avec elle. Il était aussi favorable à l'expression «approbation conditionnelle» pour qualifier certains types d'approbations.

113. Il a relevé que plusieurs membres avaient exprimé leur préoccupation pour les effets possibles de l'approbation telle que définie dans le projet de directive 2.9.1. Il tenait à réitérer que la question des effets des réserves elles-mêmes et de toutes les déclarations relatives aux réserves serait examinée globalement dans la partie IV du Guide de la pratique.

114. En ce qui concerne le projet de directive 2.9.3, il a noté que la majorité des membres qui s'y sont référés ont été en faveur du maintien du deuxième paragraphe; il était dès lors entendu que *l'ensemble* du texte serait renvoyé au Comité de rédaction.

115. La majorité des membres étaient aussi favorables au renvoi au Comité de rédaction des projets de directives 2.9.4 à 2.9.7.

116. Le Rapporteur spécial était aussi satisfait d'observer que la référence, dans la directive 2.9.4, à «tout État et toute organisation internationale ayant qualité pour devenir partie au traité» n'avait pas suscité les réactions que la phrase correspondante de la directive 2.6.5 avait appelées, étant entendu que les deux cas étaient complètement différents.

117. Comme tous les membres qui sont intervenus sur cette question ont demandé au Rapporteur spécial de préparer des projets de directives portant sur la forme, la motivation et la communication des déclarations interprétatives elles-mêmes, il était prêt à le faire soit au cours de cette session ou pendant la prochaine session, si la Commission souscrivait à cette idée.

118. Le Rapporteur spécial a fait observer que le problème le plus épineux était celui du silence; il avait l'impression que la relation entre les directives 2.9.8 et 2.9.9 n'était pas toujours très bien comprise; de plus des critiques avaient été adressées au deuxième alinéa du projet de directive 2.9.9.

119. Dans son esprit, les deux dispositions, 2.9.8 et 2.9.9, étaient également nécessaires. La première établissait le principe que, contrairement à ce qui s'appliquait dans le cas des réserves, l'acceptation d'une déclaration interprétative ne pouvait pas être présumée, tandis que la deuxième le nuancait en disant que le silence en soi ne signifiait pas nécessairement l'acquiescement. Le silence pouvait, sous certaines circonstances, être considéré comme un acquiescement. Par conséquent, le principe n'était pas rigide et admettait des exceptions.

120. La plupart des critiques adressées au deuxième alinéa du projet de directive 2.9.9 lui reprochaient de ne pas préciser quelles étaient les «circonstances particulières» y mentionnées. Il serait toutefois difficile d'être plus explicite dans un projet de directive sans insérer un long texte sur l'acquiescement. À cet égard, il a attiré l'attention sur une étude que le Secrétariat avait préparée sur ce sujet en 2006¹⁹⁹.

121. On pourrait essayer de définir ces «circonstances particulières», mais on ne pourrait pas exposer toute la théorie de l'acquiescement dans un projet de directive sur les réserves. Il était en revanche prêt à enrichir le commentaire en y donnant des exemples concrets, bien qu'il ne fût pas assuré de pouvoir en trouver de réels. Faute de quoi, il recourrait à des exemples hypothétiques. Il était d'avis toutefois que la jurisprudence internationale offrait quelques cas où l'interprétation ou la modification d'un traité était survenue au travers d'un acquiescement par le silence (Commission pour le tracé de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie²⁰⁰, C.I.J. – affaire du *Temple de Préah Vihéar*²⁰¹, Décision

¹⁹⁹ «L'acquiescement et ses effets sur les droits et les obligations juridiques des États», ILC/(LVIII) WG/LT/INFORMAL/4, 20 juin 2006, soumis au Groupe de travail sur le programme de travail à long terme de la Commission.

²⁰⁰ Décision concernant *la délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, décision du 13 avril 2002, Cour permanente d'arbitrage, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 111.

²⁰¹ C.I.J., *Recueil*, 1962, p. 40.

arbitrale de *Taba*²⁰², sentence arbitrale relative au *Filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent*²⁰³).

122. Par conséquent, il était d'accord avec l'idée que le silence était l'un parmi d'autres éléments du comportement constituant la base d'un consentement. Le deuxième alinéa de la directive 2.9.9 pourrait être remanié au sein du Comité de rédaction afin de refléter plus fidèlement cette idée. On pourrait aussi réfléchir à une clause de sauvegarde. Le Rapporteur spécial a finalement souhaité que tous les projets de directives soient renvoyés au Comité de rédaction en tenant compte de ses conclusions finales.

C. Texte des projets de directives concernant les réserves aux traités adoptés provisoirement à ce jour par la Commission

1. Texte des projets de directives

123. Le texte des projets de directives²⁰⁴ provisoirement adoptés à ce jour par la Commission est reproduit ci-après:

RÉSERVES AUX TRAITÉS

Guide de la pratique

Note explicative²⁰⁵

Certaines directives du Guide de la pratique sont assorties de clauses types. L'adoption de ces clauses types peut présenter des avantages dans certaines circonstances. Afin d'apprécier les circonstances dans lesquelles il serait approprié de recourir à ces clauses particulières, il convient de se reporter aux commentaires.

²⁰² Affaire concernant *l'emplacement des balises frontalières à Taba entre l'Égypte et Israël*, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 1.

²⁰³ Affaire concernant *le filetage à l'intérieur du Golfe du Saint-Laurent entre le Canada et la France*, sentence du 17 juillet 1986, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX p. 225.

²⁰⁴ À sa 2991^e séance, le 5 août 2008, la Commission a décidé de continuer à employer les termes «projets de directives» dans le titre et de renvoyer simplement aux «directives» dans le texte du rapport. Cette décision est d'ordre purement rédactionnel et ne préjuge en rien du statut juridique des projets de directives adoptés par la Commission.

²⁰⁵ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 166.

1. Définitions

1.1 Définition des réserves²⁰⁶

L'expression «réserve» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à cet État ou à cette organisation.

1.1.1 [1.1.4]²⁰⁷ Objet des réserves²⁰⁸

Une réserve vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers, dans leur application à l'État ou à l'organisation internationale qui la formule.

1.1.2 Cas dans lesquels une réserve peut être formulée²⁰⁹

Les cas dans lesquels une réserve peut être formulée en vertu de la directive 1.1 incluent l'ensemble des modes d'expression du consentement à être lié par un traité mentionnés à l'article 11 des Conventions de Vienne sur le droit des traités de 1969 et 1986.

1.1.3 [1.1.8] Réserves à portée territoriale²¹⁰

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure l'application d'un traité ou de certaines de ses dispositions à un territoire auquel ce traité serait appliqué en l'absence d'une telle déclaration constitue une réserve.

²⁰⁶ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10), p. 214 à 216.

²⁰⁷ Le numéro entre crochets indique le numéro de cette directive dans le rapport du Rapporteur spécial ou, le cas échéant, le numéro originel d'une directive figurant dans le rapport du Rapporteur spécial qui a été incorporée à une directive finale.

²⁰⁸ Pour le commentaire de cette directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 169 à 174.

²⁰⁹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10), p. 221 à 224.

²¹⁰ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 224 à 227.

1.1.4 [1.1.3] Réserves formulées à l'occasion d'une notification d'application territoriale²¹¹

Une déclaration unilatérale par laquelle un État vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité à l'égard d'un territoire au sujet duquel il fait une notification d'application territoriale du traité constitue une réserve.

1.1.5 [1.1.6] Déclarations visant à limiter les obligations de leur auteur²¹²

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle son auteur vise à limiter les obligations que lui impose le traité, constitue une réserve.

1.1.6 Déclarations visant à s'acquitter d'une obligation par équivalence²¹³

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, par laquelle cet État ou cette organisation vise à s'acquitter d'une obligation en vertu du traité d'une manière différente de celle imposée par le traité mais équivalente, constitue une réserve.

1.1.7 [1.1.1] Réserves formulées conjointement²¹⁴

La formulation conjointe d'une réserve par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette réserve.

1.1.8 Réserves faites en vertu de clauses d'exclusion²¹⁵

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale, au moment où cet État ou cette organisation exprime son consentement à être lié par un traité, en conformité avec une clause autorisant expressément les parties ou certaines d'entre

²¹¹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 227 et 228.

²¹² Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 174 à 178.

²¹³ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 179.

²¹⁴ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, *cinquante-troisième session, Supplément n° 10 (A/53/10)*, p. 228 à 231.

²¹⁵ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 205 à 221.

elles à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leur application à ces parties, constitue une réserve.

1.2 Définition des déclarations interprétatives²¹⁶

L'expression «déclaration interprétative» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, par laquelle cet État ou cette organisation vise à préciser ou à clarifier le sens ou la portée que le déclarant attribue à un traité ou à certaines de ses dispositions.

1.2.1 [1.2.4] Déclarations interprétatives conditionnelles²¹⁷

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou par une organisation internationale à la signature, à la ratification, à l'acte de confirmation formelle, à l'acceptation ou à l'approbation d'un traité ou à l'adhésion à celui-ci ou quand un État fait une notification de succession à un traité, par laquelle cet État ou cette organisation internationale subordonne son consentement à être lié par ce traité à une interprétation spécifiée du traité ou de certaines de ses dispositions, constitue une déclaration interprétative conditionnelle.

1.2.2 [1.2.1] Déclarations interprétatives formulées conjointement²¹⁸

La formulation conjointe d'une déclaration interprétative par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette déclaration interprétative.

1.3 Distinction entre réserves et déclarations interprétatives²¹⁹

La qualification d'une déclaration unilatérale comme réserve ou déclaration interprétative est déterminée par l'effet juridique qu'elle vise à produire.

²¹⁶ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10), p. 180 à 184.

²¹⁷ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 194 à 202.

²¹⁸ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 202 à 204.

²¹⁹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 205 et 206.

1.3.1 Méthode de mise en œuvre de la distinction entre réserves et déclarations interprétatives²²⁰

Pour déterminer si une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale au sujet d'un traité est une réserve ou une déclaration interprétative, il convient d'interpréter cette déclaration de bonne foi suivant le sens ordinaire à attribuer à ses termes, à la lumière du traité sur lequel elle porte. Il sera dûment tenu compte de l'intention de l'État ou de l'organisation internationale concerné à l'époque où la déclaration a été formulée.

1.3.2 [1.2.2] Libellé et désignation²²¹

Le libellé ou la désignation donné à une déclaration unilatérale constitue un indice de l'effet juridique visé. Il en va ainsi en particulier lorsqu'un État ou une organisation internationale formule plusieurs déclarations unilatérales au sujet d'un même traité et en désigne certaines comme étant des réserves et d'autres comme étant des déclarations interprétatives.

1.3.3 [1.2.3] Formulation d'une déclaration unilatérale lorsqu'une réserve est interdite²²²

Lorsqu'un traité interdit les réserves à l'ensemble de ses dispositions ou à certaines d'entre elles, une déclaration unilatérale formulée à leur sujet par un État ou une organisation internationale est réputée ne pas constituer une réserve, sauf si elle vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers dans leur application à son auteur.

1.4 Déclarations unilatérales autres que les réserves et les déclarations interprétatives²²³

Les déclarations unilatérales formulées en relation avec un traité qui ne sont ni des réserves ni des déclarations interprétatives n'entrent pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

²²⁰ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 206 à 211.

²²¹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 212 à 216.

²²² Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 216 à 218.

²²³ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 218 à 220.

1.4.1 [1.1.5] Déclarations visant à assumer des engagements unilatéraux²²⁴

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale en relation avec un traité par laquelle son auteur vise à assumer des obligations allant au-delà de celles que lui impose le traité constitue un engagement unilatéral qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.2 [1.1.6] Déclarations unilatérales visant à ajouter des éléments supplémentaires à un traité²²⁵

Une déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale vise à ajouter des éléments supplémentaires à un traité constitue une proposition de modification du contenu de celui-ci qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.3 [1.1.7] Déclarations de non-reconnaissance²²⁶

Une déclaration unilatérale par laquelle un État indique que sa participation à un traité n'implique pas la reconnaissance d'une entité non reconnue par lui constitue une déclaration de non-reconnaissance qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique, même lorsqu'elle vise à exclure l'application du traité entre l'État déclarant et l'entité non reconnue.

1.4.4 [1.2.5] Déclarations de politique générale²²⁷

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation exprime ses vues au sujet d'un traité ou du domaine couvert par celui-ci sans viser à avoir un effet juridique sur le traité, constitue une déclaration de politique générale qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

²²⁴ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 220 à 222.

²²⁵ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 222 et 223.

²²⁶ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 224 à 228.

²²⁷ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 228 à 232.

1.4.5 [1.2.6] Déclarations relatives à la mise en œuvre d'un traité au plan interne²²⁸

Une déclaration unilatérale formulée par un État ou une organisation internationale par laquelle cet État ou cette organisation indique la manière dont il ou elle mettra en œuvre un traité au plan interne, mais qui ne vise pas à avoir d'incidence en tant que telle sur ses droits et obligations vis-à-vis des autres Parties contractantes, constitue une déclaration informative qui n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.4.6 [1.4.6, 1.4.7] Déclarations unilatérales faites en vertu d'une clause facultative²²⁹

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause figurant dans un traité autorisant expressément les parties à accepter une obligation qui n'est pas imposée par d'autres dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

Une restriction ou condition figurant dans une telle déclaration ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.4.7 [1.4.8] Déclarations unilatérales opérant un choix entre les dispositions d'un traité²³⁰

Une déclaration unilatérale faite par un État ou une organisation internationale en conformité avec une clause figurant dans un traité obligeant expressément les parties à choisir entre deux ou plusieurs dispositions du traité, n'entre pas dans le champ d'application du présent Guide de la pratique.

1.5 Déclarations unilatérales relatives aux traités bilatéraux²³¹

1.5.1 [1.1.9] «Réserves» aux traités bilatéraux²³²

Une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, formulée par un État ou une organisation internationale après le paraphe ou la signature mais avant l'entrée en vigueur d'un traité bilatéral, par laquelle cet État ou cette organisation vise à

²²⁸ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 232 à 236.

²²⁹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 222 à 229.

²³⁰ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 229 à 235.

²³¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, *cinquante-quatrième session, Supplément n° 10 (A/54/10)*, p. 236 et 237.

²³² Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 237 à 246.

obtenir de l'autre partie une modification des dispositions du traité à laquelle il subordonne l'expression de son consentement définitif à être lié par le traité ne constitue pas une réserve au sens du présent Guide de la pratique.

1.5.2 [1.2.7] Déclarations interprétatives de traités bilatéraux²³³

Les directives 1.2 et 1.2.1 sont applicables aux déclarations interprétatives relatives aussi bien aux traités multilatéraux qu'aux traités bilatéraux.

1.5.3 [1.2.8] Effet juridique de l'acceptation de la déclaration interprétative d'un traité bilatéral par l'autre partie²³⁴

L'interprétation résultant d'une déclaration interprétative d'un traité bilatéral faite par un État ou une organisation internationale partie à ce traité et acceptée par l'autre partie constitue l'interprétation authentique de ce traité.

1.6 Portée des définitions²³⁵

Les définitions de déclarations unilatérales figurant dans le présent chapitre du Guide de la pratique sont sans préjudice de la validité et des effets de ces déclarations au regard des règles qui leur sont applicables.

1.7 Alternatives aux réserves et déclarations interprétatives²³⁶

1.7.1 [1.7.1, 1.7.2, 1.7.3, 1.7.4] Alternatives aux réserves²³⁷

Afin d'atteindre des résultats comparables à ceux qui sont produits par des réserves, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés alternatifs, tels que:

- L'insertion dans le traité de clauses restrictives, visant à limiter sa portée ou son application;
- La conclusion d'un accord par lequel deux ou plusieurs États ou organisations internationales visent, en vertu d'une disposition expresse d'un traité, à exclure

²³³ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 247 à 250.

²³⁴ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 250 et 251.

²³⁵ Cette directive a été réexaminée et modifiée au cours de la cinquante-huitième session (2006). Pour le nouveau commentaire, voir *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, p. 373 à 375.

²³⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, *cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10)*, p. 235 et 236.

²³⁷ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 237 à 256.

ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité dans leurs relations mutuelles.

1.7.2 [1.7.5] Alternatives aux déclarations interprétatives²³⁸

Afin de préciser ou de clarifier le sens ou la portée d'un traité ou de certaines de ses dispositions, les États ou les organisations internationales peuvent également recourir à des procédés autres que les déclarations interprétatives, tels que:

- L'insertion dans le traité de dispositions expresses visant à l'interpréter;
- La conclusion d'un accord complémentaire à cette fin.

2. Procédure

2.1 Forme et notification des réserves

2.1.1 Forme écrite²³⁹

Une réserve doit être formulée par écrit.

2.1.2 Forme de la confirmation formelle²⁴⁰

La confirmation formelle d'une réserve doit être faite par écrit.

2.1.3 Formulation d'une réserve au plan international²⁴¹

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales depositaires 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

²³⁸ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 256 à 258.

²³⁹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, *cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 69 à 74.

²⁴⁰ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 74 et 75.

²⁴¹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 75 à 82.

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.

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 réserves²⁴²

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.

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.

²⁴² Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 82 à 87.

2.1.5 Communication des réserves²⁴³

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.

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 réserves²⁴⁴

À moins que le traité n'en dispose ou que les États contractants et organisations internationales contractantes n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise:

- i) S'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur de la réserve aux États contractants et aux organisations internationales contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou
- ii) S'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations internationales auxquels elle est destinée.

Une communication relative à une réserve n'est considérée comme ayant été faite à l'égard d'un État ou d'une organisation qu'à partir de sa réception par cet État ou cette organisation.

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. Dans ce cas, la communication est considérée comme ayant été faite à la date du courrier électronique ou de la télécopie.

²⁴³ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 87 à 101.

²⁴⁴ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

2.1.7 Fonctions du dépositaire²⁴⁵

Le dépositaire examine si une réserve à un traité formulée par un État ou une organisation internationale est en bonne et due forme et, le cas échéant, porte la question à l'attention de l'État ou de l'organisation internationale en cause.

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 non valides²⁴⁶

Lorsqu'une réserve est manifestement non valide de l'avis du dépositaire, celui-ci attire l'attention de l'auteur de la réserve sur ce qui constitue, à son avis, cette non-validité.

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 contractants et organisations internationales contractantes et, le cas échéant, à l'organe compétent de l'organisation internationale en cause, en indiquant la nature des problèmes juridiques posés par la réserve.

2.1.9 Motivation²⁴⁷

Une réserve devrait autant que possible indiquer les motifs pour lesquels elle est faite.

²⁴⁵ Pour le commentaire de cette directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 115 à 123.

²⁴⁶ Cette directive a été réexaminée et modifiée au cours de la cinquante-huitième session (2006). Pour le nouveau commentaire, voir *ibid.*, *soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, p. 375 à 378.

²⁴⁷ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

2.2 Confirmation des réserves

2.2.1 Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature du traité²⁴⁸

Lorsqu'elle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, une réserve doit être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la réserve sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

2.2.2 [2.2.3] Cas de non-exigence de confirmation des réserves formulées lors de la signature du traité²⁴⁹

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime par cette signature son consentement à être lié par le traité.

2.2.3 [2.2.4] Réserves à la signature expressément prévues par le traité²⁵⁰

Une réserve formulée lors de la signature d'un traité, lorsque le traité prévoit expressément qu'un État ou une organisation internationale peut faire une telle réserve à ce stade, ne nécessite pas de confirmation formelle au moment où l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur exprime son consentement à être lié par le traité...²⁵¹.

2.3 Réserves tardives

2.3.1 Formulation tardive d'une réserve²⁵²

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une réserve à un traité après l'expression de son consentement à être lié par ce traité, sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

²⁴⁸ Pour le commentaire de cette directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 499 à 507.

²⁴⁹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 508 et 509.

²⁵⁰ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 510 à 512.

²⁵¹ La section 2.3 proposée par le Rapporteur spécial traite de la formulation tardive des réserves.

²⁵² Pour le commentaire de cette directive, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 513 à 525.

2.3.2 Acceptation de la formulation tardive d'une réserve²⁵³

À moins que le traité n'en dispose autrement ou que la pratique bien établie suivie par le dépositaire soit différente, la formulation tardive d'une réserve est réputée avoir été acceptée par une Partie contractante si celle-ci n'a pas fait objection à cette formulation à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle elle en a reçu notification.

2.3.3 Objection à la formulation tardive d'une réserve²⁵⁴

Si une Partie contractante à un traité fait objection à la formulation tardive d'une réserve, le traité entre ou demeure en vigueur à l'égard de l'État ou de l'organisation internationale qui l'a formulée sans que la réserve soit établie.

2.3.4 Exclusion ou modification ultérieure des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves²⁵⁵

Une Partie contractante à un traité ne peut exclure ou modifier l'effet juridique de dispositions du traité par le biais:

- a) De l'interprétation d'une réserve faite antérieurement; ou
- b) D'une déclaration unilatérale ultérieure faite en vertu d'une clause facultative.

2.3.5 Aggravation de la portée d'une réserve²⁵⁶

La modification d'une réserve existante qui vise à aggraver la portée de celle-ci suit les règles applicables à la formulation tardive d'une réserve. Toutefois, en cas d'objection à une telle modification, la réserve initiale reste inchangée.

2.4 Procédure relative aux déclarations interprétatives²⁵⁷

2.4.1 Formulation des déclarations interprétatives²⁵⁸

Une déclaration interprétative doit être formulée par une personne qui est considérée comme représentant un État ou une organisation internationale pour l'adoption ou

²⁵³ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 526 à 529.

²⁵⁴ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 529 à 531.

²⁵⁵ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 531 à 535.

²⁵⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, p. 271 à 277.

²⁵⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, *cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 126.

²⁵⁸ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 127 et 128.

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 interne²⁵⁹

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.

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 Moment auquel une déclaration interprétative peut être formulée²⁶⁰

Sous réserve des dispositions des directives 1.2.1, 2.4.6 [2.4.7] et 2.4.7 [2.4.8], une déclaration interprétative peut être formulée à tout moment.

2.4.4 [2.4.5] Non-exigence de confirmation des déclarations interprétatives formulées lors de la signature du traité²⁶¹

Une déclaration interprétative faite lors de la signature d'un traité ne nécessite pas de confirmation ultérieure lorsqu'un État ou une organisation internationale exprime son consentement à être lié par le traité.

2.4.5 [2.4.4] Confirmation formelle des déclarations interprétatives conditionnelles formulées lors de la signature d'un traité²⁶²

Lorsqu'une déclaration interprétative conditionnelle est formulée lors de la signature d'un traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, elle doit être confirmée formellement par l'État ou par l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié par le traité. En pareil cas, la déclaration interprétative sera réputée avoir été faite à la date à laquelle elle a été confirmée.

²⁵⁹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 128 et 129.

²⁶⁰ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, *cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, p. 535 à 537.

²⁶¹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 538 et 539.

²⁶² Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 539 et 540.

2.4.6 [2.4.7] Formulation tardive d'une déclaration interprétative²⁶³

Lorsqu'un traité dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite qu'à des moments spécifiés, un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative relative à ce traité à un autre moment sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

[2.4.7 [2.4.2, 2.4.9] Formulation et communication des déclarations interprétatives conditionnelles²⁶⁴

Une déclaration interprétative conditionnelle doit être formulée par écrit.

La confirmation formelle d'une déclaration interprétative conditionnelle doit aussi être faite par écrit.

Une déclaration interprétative conditionnelle 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.

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.]

2.4.8 Formulation tardive d'une déclaration interprétative conditionnelle²⁶⁵

Un État ou une organisation internationale ne peut pas formuler une déclaration interprétative conditionnelle relative à un traité après l'expression de son consentement à être lié par le traité, sauf si aucune des autres Parties contractantes n'y fait objection.

²⁶³ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 540 à 542.

²⁶⁴ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, *cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), p. 130 et 131.

²⁶⁵ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, *cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), p. 542 et 543. Cette directive (anciennement 2.4.7 [2.4.8]) a été renumérotée à la suite de l'adoption de nouvelles directives pendant la cinquante-quatrième session.

2.4.9 Modification d'une déclaration interprétative²⁶⁶

À moins que le traité ne dispose qu'une déclaration interprétative ne peut être faite ou modifiée qu'à des moments spécifiés, une déclaration interprétative peut être modifiée à tout moment.

2.4.10 Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle²⁶⁷

L'atténuation et l'aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle suivent les règles applicables respectivement au retrait partiel ou à l'aggravation de la portée d'une réserve.

2.5 Retrait et modification des réserves et des déclarations interprétatives

2.5.1 Retrait des réserves²⁶⁸

À moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve peut à tout moment être retirée sans que le consentement de l'État ou de l'organisation internationale qui a accepté la réserve soit nécessaire pour son retrait.

2.5.2 Forme du retrait²⁶⁹

Le retrait d'une réserve doit être formulé par écrit.

2.5.3 Réexamen périodique de l'utilité des réserves²⁷⁰

Les États ou les organisations internationales qui ont formulé une ou plusieurs réserves à un traité devraient procéder à un réexamen périodique de celles-ci et envisager le retrait des réserves qui ne répondent plus à leur objectif.

Dans cet examen, les États et les organisations internationales devraient accorder une attention particulière à l'objectif de l'intégrité des traités multilatéraux et s'interroger, le cas échéant, sur l'utilité du maintien des réserves, notamment au regard de leur droit interne et des évolutions qu'il a subies depuis la formulation de ces réserves.

²⁶⁶ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), p. 277 à 279.

²⁶⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 279 à 281.

²⁶⁸ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10), p. 167 à 176.

²⁶⁹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 176 à 181.

²⁷⁰ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 182 à 184.

2.5.4 [2.5.5] Formulation du retrait d'une réserve au plan international²⁷¹

1. Sous réserve des pratiques habituellement suivies au sein des organisations internationales dépositaires de traités, une personne a compétence pour retirer une réserve formulée au nom d'un État ou d'une organisation internationale:

- a) Si cette personne produit des pleins pouvoirs appropriés aux fins de ce retrait; 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, ont compétence pour retirer une réserve au plan international au nom d'un État:

- a) Les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères;
- b) Les représentants accrédités par les États auprès d'une organisation internationale ou de l'un de ses organes, pour le retrait d'une réserve à un traité adopté au sein de cette organisation ou de cet organe;
- c) Les chefs de missions permanentes auprès d'une organisation internationale, pour le retrait d'une réserve à un traité conclu entre les États accréditants et cette organisation.

2.5.5 [2.5.5 bis, 2.5.5 ter] Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves²⁷²

La détermination de l'instance compétente et de la procédure à suivre pour retirer une réserve au plan interne relève du droit interne de chaque État ou des règles pertinentes de chaque organisation internationale.

Le fait qu'une réserve ait été retirée 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 retrait des réserves ne peut être invoqué par cet État ou cette organisation comme viciant ce retrait.

²⁷¹ Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 185 à 192.

²⁷² Pour le commentaire de ce projet de directive, voir *ibid.*, p. 193 et 194.

2.5.6 Communication du retrait d'une réserve²⁷³

La procédure de communication du retrait d'une réserve suit les règles applicables en matière de communication des réserves énoncées dans les directives 2.1.5, 2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] et 2.1.7.

2.5.7 [2.5.7, 2.5.8] Effet du retrait d'une réserve²⁷⁴

Le retrait d'une réserve entraîne l'application dans leur intégralité des dispositions sur lesquelles portait la réserve dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et l'ensemble des autres parties, que celles-ci aient accepté la réserve ou y aient objecté.

Le retrait d'une réserve entraîne l'entrée en vigueur du traité dans les relations entre l'État ou l'organisation internationale qui retire la réserve et un État ou une organisation internationale qui avait fait objection à la réserve et s'était opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'auteur de la réserve en raison de la réserve en question.

2.5.8 [2.5.9] Date d'effet du retrait d'une réserve²⁷⁵

À moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il n'en soit convenu autrement, 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.

Clauses types

A. Report de la date d'effet du retrait d'une réserve²⁷⁶

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à l'expiration d'un délai de X [mois] [jours] après la date de réception de la notification par [le dépositaire].

²⁷³ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 195 à 199.

²⁷⁴ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 200 à 203.

²⁷⁵ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 204 à 210.

²⁷⁶ Pour le commentaire de cette clause type, voir *ibid.*, p. 211.

B. Raccourcissement du délai d'effet du retrait d'une réserve²⁷⁷

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à la date de réception de la notification par [le dépositaire].

C. Liberté de fixer la date d'effet du retrait d'une réserve²⁷⁸

Une Partie contractante qui a formulé une réserve au présent traité peut la retirer en adressant une notification [au dépositaire]. Le retrait prendra effet à la date fixée par cet État dans la notification adressée [au dépositaire].

2.5.9 [2.5.10] Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve²⁷⁹

Le retrait d'une réserve prend effet à la date fixée par son auteur lorsque:

- a) Cette date est postérieure à la date à laquelle les autres États ou organisations internationales contractants en ont reçu notification; ou
- b) Le retrait n'accroît pas les droits de son auteur vis-à-vis des autres États ou organisations internationales contractants.

2.5.10 [2.5.11] Retrait partiel d'une réserve²⁸⁰

Le retrait partiel d'une réserve atténue l'effet juridique de la réserve et assure plus complètement l'application des dispositions du traité ou du traité dans son ensemble, par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur.

Le retrait partiel d'une réserve est soumis aux mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.

2.5.11 [2.5.12] Effet du retrait partiel d'une réserve²⁸¹

Le retrait partiel d'une réserve modifie l'effet juridique de la réserve dans la mesure prévue par la nouvelle formulation de la réserve. Une objection faite à cette réserve

²⁷⁷ Pour le commentaire de cette clause type, voir *ibid.*, p. 211 et 212.

²⁷⁸ Pour le commentaire de cette clause type, voir *ibid.*, p. 212.

²⁷⁹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 213 à 215.

²⁸⁰ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 215 à 225.

²⁸¹ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 226 à 228.

continue de produire ses effets aussi longtemps que son auteur ne l'a pas retirée, dans la mesure où l'objection ne porte pas exclusivement sur la partie de la réserve qui a été retirée.

Aucune objection ne peut être faite à la réserve telle qu'elle résulte d'un retrait partiel à moins que ce retrait partiel n'ait un effet discriminatoire.

2.5.12 Retrait d'une déclaration interprétative²⁸²

Une déclaration interprétative peut être retirée à tout moment suivant la même procédure que celle applicable à sa formulation et par les autorités qui ont compétence à cette fin.

2.5.13 Retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle²⁸³

Le retrait d'une déclaration interprétative conditionnelle suit les règles applicables au retrait d'une réserve.

2.6 Formulation des objections

2.6.1 Définition des objections aux réserves²⁸⁴

L'expression «objection» s'entend d'une déclaration unilatérale, quel que soit son libellé ou sa désignation, faite par un État ou par une organisation internationale, en réaction à une réserve à un traité formulée par un autre État ou une autre organisation internationale, par laquelle l'État ou l'organisation vise à exclure ou à modifier les effets juridiques de la réserve ou à exclure l'application du traité dans son ensemble, dans ses relations avec l'auteur de la réserve.

2.6.2 Définition des objections à la formulation ou à l'aggravation tardives d'une réserve²⁸⁵

L'expression «objection» peut également s'entendre de la déclaration unilatérale par laquelle un État ou une organisation internationale s'oppose à la formulation tardive d'une réserve ou à son aggravation.

²⁸² Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10), p. 281 et 282.

²⁸³ Pour le commentaire de cette directive, voir *ibid.*, p. 282 et 283.

²⁸⁴ Pour le commentaire, voir *ibid.*, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10), p. 184 à 199.

²⁸⁵ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 199 et 200.

2.6.3, 2.6.4²⁸⁶

2.6.5 Auteur²⁸⁷

Une objection à une réserve peut être formulée par:

- i) Tout État contractant ou toute organisation internationale contractante; et
- ii) Tout État ou toute organisation internationale ayant qualité pour devenir partie au traité, auquel cas cette déclaration ne produit aucun effet juridique jusqu'à ce que l'État ou l'organisation internationale ait exprimé son consentement à être lié par le traité.

2.6.6 Formulation conjointe²⁸⁸

La formulation conjointe d'une objection par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette objection.

2.6.7 Forme écrite²⁸⁹

Une objection doit être formulée par écrit.

2.6.8 Expression de l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité²⁹⁰

Lorsqu'un État ou une organisation internationale qui fait objection à une réserve entend empêcher le traité d'entrer en vigueur entre lui-même et l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve, il doit en avoir exprimé nettement l'intention avant que le traité entre autrement en vigueur entre eux.

2.6.9 Procédure de formulation des objections²⁹¹

Les projets de directive 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7 s'appliquent *mutatis mutandis* aux objections.

²⁸⁶ Le Comité de rédaction a décidé de reporter l'examen de ces deux directives à une date ultérieure.

²⁸⁷ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁸⁸ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁸⁹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁹⁰ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁹¹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

2.6.10 Motivation²⁹²

Une objection devrait autant que possible indiquer les motifs pour lesquels elle est faite.

2.6.11 Non-exigence de la confirmation d'une objection faite avant la confirmation formelle de la réserve²⁹³

Une objection faite à une réserve par un État ou une organisation internationale avant la confirmation de celle-ci conformément à la directive 2.2.1 n'a pas besoin d'être elle-même confirmée.

2.6.12 Exigence de la confirmation d'une objection formulée avant l'expression du consentement à être lié par le traité²⁹⁴

Une objection formulée avant l'expression du consentement à être lié par le traité n'a pas besoin d'être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié si cet État ou cette organisation était signataire du traité au moment où il a formulé l'objection; elle doit être confirmée s'il n'avait pas signé le traité.

2.6.13 Délai de formulation d'une objection²⁹⁵

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale peut formuler une objection à une réserve soit jusqu'à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification, soit jusqu'à la date à laquelle cet État ou cette organisation internationale a exprimé son consentement à être lié par le traité, si celle-ci est postérieure.

2.6.14 Objections conditionnelles²⁹⁶

Une objection à une réserve spécifiée potentielle ou future ne produit pas les effets juridiques d'une objection.

²⁹² Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁹³ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁹⁴ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁹⁵ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁹⁶ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

2.6.15 Objections tardives²⁹⁷

Une objection à une réserve formulée après l'expiration du délai prévu à la directive 2.6.13 ne produit pas les effets juridiques d'une objection faite dans le respect de ce délai.

2.7 Retrait et modification des objections aux réserves²⁹⁸

2.7.1 Retrait des objections aux réserves²⁹⁹

À moins que le traité n'en dispose autrement, une objection à une réserve peut à tout moment être retirée.

2.7.2 Forme du retrait des objections aux réserves³⁰⁰

Le retrait d'une objection à une réserve doit être formulé par écrit.

2.7.3 Formulation et communication du retrait des objections aux réserves³⁰¹

Les directives 2.5.4, 2.5.5 et 2.5.6 sont applicables *mutatis mutandis* au retrait des objections aux réserves.

2.7.4 Effet du retrait d'une objection sur la réserve³⁰²

Un État ou une organisation internationale qui retire une objection antérieurement formulée à l'encontre d'une réserve est considéré comme ayant accepté cette réserve.

2.7.5 Date d'effet du retrait d'une objection³⁰³

À moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il n'en soit convenu autrement, le retrait d'une objection à une réserve ne prend effet que lorsque l'État ou l'organisation internationale qui a formulé la réserve a reçu notification de ce retrait.

²⁹⁷ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁹⁸ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

²⁹⁹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

³⁰⁰ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

³⁰¹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

³⁰² Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

³⁰³ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

2.7.6 Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait de l'objection à la réserve³⁰⁴

Le retrait d'une objection à une réserve prend effet à la date fixée par son auteur lorsque cette date est postérieure à la date à laquelle l'État ou l'organisation internationale réservataire en a reçu notification.

2.7.7 Retrait partiel d'une objection³⁰⁵

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale peut retirer partiellement une objection à une réserve. Le retrait partiel d'une objection est soumis aux mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.

2.7.8 Effet du retrait partiel d'une objection³⁰⁶

Le retrait partiel modifie les effets juridiques de l'objection sur les relations conventionnelles entre l'auteur de l'objection et celui de la réserve dans la mesure prévue par la nouvelle formulation de l'objection.

2.7.9 Aggravation d'une objection à une réserve³⁰⁷

Un État ou une organisation internationale qui a fait une objection à une réserve peut aggraver la portée de ladite objection durant le délai prévu à la directive 2.6.13 à condition que l'aggravation n'ait pas pour effet de modifier les relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection.

2.8 Formes d'acceptation des réserves³⁰⁸

L'acceptation d'une réserve peut résulter d'une déclaration unilatérale en ce sens ou du silence gardé par un État contractant ou une organisation internationale contractante dans les délais prévus à la directive 2.6.13.

³⁰⁴ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

³⁰⁵ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

³⁰⁶ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

³⁰⁷ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

³⁰⁸ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

3. Validité des réserves et des déclarations interprétatives

3.1 Validité matérielle d'une réserve³⁰⁹

Un État ou une organisation internationale, au moment de signer, de ratifier, de confirmer formellement, d'accepter, d'approuver un traité ou d'y adhérer, peut formuler une réserve, à moins:

- a) Que la réserve ne soit interdite par le traité;
- b) Que le traité ne dispose que seules des réserves déterminées, parmi lesquelles ne figure pas la réserve en question, peuvent être faites;
- c) Que, dans les cas autres que ceux visés aux alinéas *a* et *b*, la réserve ne soit incompatible avec l'objet et le but du traité.

3.1.1 Réserves expressément interdites par le traité³¹⁰

Une réserve est expressément interdite par le traité si celui-ci contient une disposition particulière:

- a) Interdisant toute réserve;
- b) Interdisant des réserves à des dispositions spécifiées et si une réserve à l'une de ces dispositions a été formulée;
- c) Interdisant certaines catégories de réserves et si une réserve relevant d'une de ces catégories a été formulée.

3.1.2 Définition des réserves déterminées³¹¹

Aux fins de la directive 3.1, l'expression «réserves déterminées» s'entend de réserves expressément envisagées dans le traité à certaines dispositions du traité ou au traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers.

³⁰⁹ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, p. 344 à 350.

³¹⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 350 à 357.

³¹¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 357 à 366.

3.1.3 Validité des réserves non interdites par le traité³¹²

Lorsque le traité interdit la formulation de certaines réserves, une réserve qui n'est pas interdite par le traité ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

3.1.4 Validité des réserves déterminées³¹³

Lorsque le traité envisage la formulation des réserves déterminées sans en préciser le contenu, une réserve ne peut être formulée par un État ou une organisation internationale que si elle n'est pas incompatible avec l'objet et le but du traité.

3.1.5 Incompatibilité d'une réserve avec l'objet et le but du traité³¹⁴

Une réserve est incompatible avec l'objet et le but du traité si elle porte atteinte à un élément essentiel du traité, nécessaire à son économie générale, de telle manière que sa raison d'être se trouve compromise.

3.1.6 Détermination de l'objet et du but du traité³¹⁵

L'objet et le but du traité doivent être déterminés de bonne foi, en tenant compte de ses termes dans leur contexte. On peut également avoir recours en particulier au titre du traité, aux travaux préparatoires du traité et aux circonstances de sa conclusion et, le cas échéant, à la pratique subséquente qui fait l'objet d'un accord des parties.

3.1.7 Réserves vagues ou générales³¹⁶

Une réserve doit être rédigée en des termes permettant d'en apprécier la portée, afin d'en déterminer en particulier la compatibilité avec l'objet et le but du traité.

³¹² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 367 à 370.

³¹³ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 371 à 373.

³¹⁴ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, p. 70 à 81.

³¹⁵ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 81 à 86.

³¹⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 86 à 92.

3.1.8 Réserves portant sur une disposition reflétant une règle coutumière³¹⁷

1. Le fait qu'une disposition conventionnelle reflète une règle coutumière est un facteur pertinent en vue de la détermination de la validité d'une réserve bien qu'il n'empêche pas par lui-même la formulation de la réserve à cette disposition.
2. Une réserve à une disposition conventionnelle reflétant une règle coutumière ne porte pas atteinte au caractère obligatoire de la règle coutumière en question qui continue à s'appliquer à ce titre entre l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve et les autres États ou organisations internationales liés par cette règle.

3.1.9 Réserves contraires à une règle de *jus cogens*³¹⁸

Une réserve ne peut pas exclure ou modifier l'effet juridique d'un traité d'une manière contraire à une norme impérative du droit international général.

3.1.10 Réserves à des dispositions portant sur des droits indérogeables³¹⁹

Un État ou une organisation internationale ne peut formuler une réserve à une disposition conventionnelle portant sur des droits indérogeables que si la réserve en question est compatible avec les droits et obligations essentiels résultant du traité. Dans l'appréciation de cette compatibilité, il convient de tenir compte de l'importance que les parties ont accordée aux droits en question en leur conférant un caractère indérogeable.

3.1.11 Réserves relatives au droit interne³²⁰

Une réserve par laquelle un État ou une organisation internationale vise à exclure ou à modifier l'effet juridique de certaines dispositions d'un traité ou du traité dans son ensemble pour préserver l'intégrité de normes particulières du droit interne de cet État ou de règles de cette organisation ne peut être formulée que dans la mesure où elle est compatible avec l'objet et le but du traité.

³¹⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.* p. 92 à 102.

³¹⁸ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 102 à 107.

³¹⁹ Pour le commentaire, voir *ibid.* p. 107 à 112.

³²⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.* p. 112 à 116.

3.1.12 Réserves aux traités généraux des droits de l'homme³²¹

Pour apprécier la compatibilité d'une réserve avec l'objet et le but d'un traité général de protection des droits de l'homme, il convient de tenir compte du caractère indissociable, interdépendant et intimement lié des droits qui y sont énoncés ainsi que de l'importance que revêt le droit ou la disposition faisant l'objet de la réserve dans l'économie générale du traité et de la gravité de l'atteinte que lui porte la réserve.

3.1.13 Réserves aux clauses conventionnelles de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité³²²

Une réserve à une disposition conventionnelle relative au règlement des différends ou au contrôle de la mise en œuvre du traité n'est pas, en elle-même, incompatible avec l'objet et le but du traité à moins que:

- i) La réserve vise à exclure ou modifier l'effet juridique d'une disposition du traité qui est essentielle pour sa *raison d'être*; ou
- ii) La réserve n'ait pour effet de soustraire son auteur à un mécanisme de règlement des différends ou de contrôle de la mise en œuvre du traité au sujet d'une disposition conventionnelle qu'il a antérieurement acceptée si l'objet même du traité est la mise en œuvre d'un tel mécanisme.

2. Texte des projets de directives et des commentaires y afférents adoptés par la Commission à sa soixantième session

124. Le texte des projets de directives et des commentaires y afférents par la Commission à sa soixantième session est reproduit ci-après.

2.1.6 [2.1.6, 2.1.8] Procédure de communication des réserves^{*}

À moins que le traité n'en dispose ou que les États contractants et organisations internationales contractantes n'en conviennent autrement, une communication relative à une réserve à un traité est transmise:

³²¹ Pour le commentaire, voir *ibid.* p. 117 à 120.

³²² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 120 à 124.

^{*} Cette directive et ses commentaires ont été adoptés par la Commission en 2002 (voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 102-115). Toutefois, lors de sa cinquante-neuvième session, la Commission a décidé, conformément à la suggestion en ce sens du Rapporteur spécial (voir *ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, p. 22, par. 62) de reprendre l'examen du troisième alinéa de cette directive, à la suite de l'examen de la directive 2.6.13 et d'adapter les commentaires en conséquence. En outre, à la suite d'un amendement présenté en séance plénière par un membre de la Commission, celle-ci a décidé par un vote de modifier le «chapeau» de la directive 2.1.6. Le commentaire a également été modifié en conséquence.

- i) S'il n'y a pas de dépositaire, directement par l'auteur de la réserve aux États contractants et aux organisations internationales contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties; ou
- ii) S'il y a un dépositaire, à ce dernier, qui en informe dans les meilleurs délais les États et organisations internationales auxquels elle est destinée.

Une communication relative à une réserve n'est considérée comme ayant été faite à l'égard d'un État ou d'une organisation qu'à partir de sa réception par cet État ou cette organisation.

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. Dans ce cas la communication est considérée comme ayant été faite à la date du courrier électronique ou de la télécopie.

Commentaire

1) Comme les deux suivantes, la directive 2.1.6 s'efforce de clarifier certains aspects de la procédure qui doit être suivie pour communiquer le texte d'une réserve à un traité aux destinataires de cette communication, qui sont déterminés dans la directive 2.1.5. Elle porte sur deux aspects assez différents mais étroitement liés:

- L'auteur de la communication; et
- Les modalités pratiques de celle-ci.

2) L'article 23 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986 est muet quant à la personne qui doit se charger de cette communication. Dans la plupart des cas, ce sera le dépositaire, ainsi que cela ressort des dispositions de l'article 79 de la Convention de 1986³²³ qui s'applique, d'une manière générale, à toutes les notifications et communications relatives aux traités. Les dispositions de cet article donnent également quelques indications sur les modalités de la communication.

3) Il est arrivé que, lors d'examens antérieurs du sujet des réserves aux traités, la Commission ou ses rapporteurs spéciaux envisagent de préciser expressément qu'il appartenait au dépositaire de communiquer le texte des réserves formulées aux États intéressés. Ainsi, par exemple, dès 1951, la Commission estima que «le dépositaire d'une convention multilatérale devrait, dès réception de chaque réserve, communiquer celle-ci à

³²³ Art. 78 de la Convention de 1969.

tous les États qui sont parties à la convention ou qui ont le droit de le devenir»³²⁴. De même, dans son quatrième rapport, de 1965, H. Waldock prévoyait que la réserve «doit être notifiée au depositaire ou, lorsqu'il n'y a pas de depositaire, aux autres États intéressés»³²⁵.

4) Cette formule n'a, finalement, pas été retenue par la Commission, qui, constatant que les projets adoptés antérieurement «contenaient un certain nombre d'articles où il était question des communications ou notifications à faire directement aux États intéressés ou, lorsqu'il y a un depositaire, à ce dernier», est parvenue à la conclusion «qu'il serait possible d'apporter aux textes de ces divers articles d'importantes simplifications en ajoutant au projet un article général qui réglerait la question des notifications et communications»³²⁶.

5) Tel était l'objet du projet d'article 73 de 1966, devenu l'article 78 de la Convention de Vienne de 1969, lequel a été repris sans autre changement que l'adjonction des organisations internationales dans l'article 79 de celle de 1986:

«Notifications et communications

Sauf dans les cas où le traité ou la présente Convention en dispose autrement, une notification ou communication qui doit être faite par un État ou une organisation internationale en vertu de la présente Convention:

a) Est transmise, s'il n'y a pas de depositaire, directement aux États et aux organisations auxquels elle est destinée ou, s'il y a un depositaire, à ce dernier;

b) N'est considérée comme ayant été faite par l'État ou l'organisation en question qu'à partir de sa réception par l'État ou l'organisation auquel elle a été transmise ou, le cas échéant, par le depositaire;

c) Si elle est transmise à un depositaire, n'est considérée comme ayant été reçue par l'État ou l'organisation auquel elle est destinée qu'à partir du moment où

³²⁴ Rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa troisième session, 16 mai-27 juillet 1951, voir *Yearbook ... 1951*, vol. II, document A/1858, par. 34, p. 130.

³²⁵ *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 56.

³²⁶ *Annuaire ... 1966*, vol. II, commentaire du projet d'article 73, par. 1), p. 294.

cet État ou cette organisation aura reçu du dépositaire l'information prévue à l'alinéa *e* du paragraphe 1 de l'article 78.».

6) L'article 79 est indissociable de cette dernière disposition, aux termes de laquelle:

«1. À moins que le traité n'en dispose ou que les États et organisations contractantes ou, selon le cas, les organisations contractantes n'en conviennent autrement, les fonctions de dépositaire sont notamment les suivantes:

...

e) Informer les parties au traité et les États et organisations internationales ayant qualité pour le devenir des actes, notifications et communications relatifs au traité.».

7) On peut du reste noter que l'expression «les parties au traité et les États et organisations internationales ayant qualité pour le devenir», qui figure dans cet alinéa n'est pas l'exact équivalent de la formule utilisée dans l'article 23, paragraphe 1, qui fait mention des États et organisations «contractants». La différence est sans conséquence pratique puisque les États et organisations internationales contractants ont, à l'évidence, qualité pour devenir parties au traité et le deviennent par le seul fait que le traité entre en vigueur, conformément à la définition qu'en donne l'article 2, paragraphe 1 f), de la Convention de Vienne de 1986; elle pose cependant un problème quant à la rédaction de la directive correspondante à insérer dans le Guide de la pratique.

8) Il ne fait aucun doute qu'il convient de reproduire dans celui-ci les dispositions des articles 78, paragraphe 1 e), et 79 de la Convention de Vienne de 1986 en les adaptant au cas particulier des réserves, faute de quoi le Guide ne répondrait pas à sa vocation pragmatique qui consiste à permettre aux utilisateurs de disposer d'un ensemble de directives complet quant à la conduite à tenir chaque fois qu'un problème relatif aux réserves se pose à eux. Mais, la Commission s'est demandé si, pour rédiger cette directive, il convenait de reprendre la formule de ces deux dispositions, ou celle de l'article 23, paragraphe 1. Il lui est apparu qu'il était logique d'utiliser la terminologie retenue dans ce dernier, afin d'éviter toute ambiguïté et toute discordance, même purement apparente, entre les différentes directives du Guide de la pratique.

9) Pour le reste, on ne saurait douter que les communications relatives aux réserves, et, d'abord, celles portant sur le texte même des réserves formulées par un État ou une organisation internationale, sont «relatives au traité» au sens de l'article 78, paragraphe 1 e), précité³²⁷. Du reste, dans son projet de 1966, la CDI avait expressément confié au depositaire le soin d'examiner «si une signature, un instrument *ou une réserve* sont conformes aux dispositions du traité et des présents articles»³²⁸, expression qui a été remplacée à Vienne par une autre, plus générale: «une signature, un instrument, une notification ou une communication se rapportant au traité»³²⁹, sans que cela puisse s'analyser comme l'exclusion des réserves du champ de cette disposition.

10) De plus, comme l'indiquait le commentaire du projet d'article 73 de la CDI (devenu l'article 79 de la Convention de 1986), la règle posée à l'alinéa *a* de cette disposition «s'applique essentiellement aux notifications et communications ayant trait à la “vie” des traités – actes établissant le consentement, *réserve*s, objections, notifications relatives au défaut de validité, à l'intention de mettre fin au traité, etc.»³³⁰.

11) Sur le fond, il n'est pas douteux que tant le paragraphe 1 e) de l'article 78 que l'article 79 a) traduisent la pratique actuelle³³¹. Ils ne méritent pas de commentaire particulier, sauf à constater que, même dans les cas où il existe un depositaire, il peut arriver que l'État auteur de la réserve informe lui-même directement les autres États ou organisations internationales concernés du texte de celle-ci. Ainsi, par exemple, le Royaume-Uni a informé le Secrétaire général de l'Organisation des Nations Unies, depositaire de l'Accord du 18 octobre 1969 portant création de la Banque de développement des Caraïbes, qu'il avait consulté tous les signataires de cet accord au sujet d'un aspect de la déclaration (constituant une réserve) qu'il avait jointe à son instrument de ratification (et qui a été acceptée par la suite par le Conseil des gouverneurs de

³²⁷ Par. 6).

³²⁸ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 293, projet d'article 72, par. 1 d) (italiques ajoutées). Sur le fond de cette disposition, voir le commentaire de la directive 2.1.7 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*), p. 115 à 123).

³²⁹ Art. 77, par. 1 d). La nouvelle formule est issue d'un amendement proposé par la République socialiste soviétique de Biélorussie, adopté par la Commission plénière à la majorité de 32 voix contre 24, avec 27 abstentions (*Documents officiels de la Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence, première et deuxième sessions, A/CONF.39/11/Add.2*, par. 654 iv) 4), p. 217, et par. 660 i), p. 218).

³³⁰ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 294, par. 2) du commentaire (italiques ajoutées).

³³¹ Voir *ibid.* à propos de l'alinéa *a* du projet d'article 73 (devenu l'article 78 de la Convention de 1969 – art. 79 de celle de 1986).

la Banque, puis retirée par le Royaume-Uni)³³². De même, la France a saisi le Conseil des gouverneurs de l'Institut pour l'Asie et le Pacifique en vue du développement de la radiodiffusion d'une réserve qu'elle avait formulée à l'accord créant cette organisation, dont le Secrétaire général est également dépositaire³³³.

12) Cette pratique ne semble pas appeler d'objection, à condition que le dépositaire ne soit pas, pour autant, déchargé de ses propres obligations³³⁴. Elle est cependant source de confusion et d'incertitudes en ce sens que le dépositaire pourrait se reposer sur les États formulant des réserves de la fonction que lui attribuent expressément l'article 78, paragraphe 1 e), et le dernier membre de phrase de l'article 79 a) de la Convention de Vienne de 1986³³⁵. Pour cette raison, la Commission a estimé qu'il ne convenait pas d'encourager une telle pratique et s'est abstenue de proposer une directive la consacrant.

13) Dans son commentaire de 1966, la Commission a insisté sur l'importance de la tâche conférée au dépositaire par l'alinéa *e* du projet d'article 73, paragraphe 1, devenu l'article 77, paragraphe 1 e), de la Convention de Vienne de 1969³³⁶, et a souligné «qu'il est évidemment souhaitable que le dépositaire s'acquitte de cette fonction avec diligence»³³⁷. Il s'agit là d'un problème important, qui est lié aux alinéas *b* et *c* de l'article 78³³⁸: la réserve ne produit d'effets qu'à compter de la date de la réception de sa communication par les États et organisations auxquels elle est destinée, et non de la date de sa formulation. Si la communication est faite directement par l'auteur de la réserve, peu importe en vérité: il ne pourra s'en prendre qu'à lui-même si elle est transmise tardivement à ses destinataires. En revanche, s'il y a un dépositaire, il est essentiel que celui-ci fasse preuve

³³² Voir *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, État au 31 décembre 2006* (ST/LEG/SER.E/25), vol. I, p. 587, note 8 (chap. X, 6).

³³³ Voir *ibid.*, vol. II, p. 447, note 4 (chap. XXV, 3).

³³⁴ Voir la directive 2.1.7 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), p. 63).

³³⁵ Respectivement art. 77, par. 1 e), et art. 78 a) de la Convention de 1969. Dans le cas précité de la réserve française à l'Accord créant l'Institut pour l'Asie et le Pacifique en vue du développement de la radiodiffusion, il semble que le Secrétaire général s'est borné à prendre note de l'absence d'objection du Conseil des gouverneurs de l'Organisation (cf. *Traités multilatéraux ...* vol. II, p. 447, note 4 (chap. XXV, 3). La passivité du Secrétaire général dans cette circonstance est sujette à critique.

³³⁶ Art. 78, par. 1 e), de la Convention de 1986.

³³⁷ *Annuaire ... 1966*, vol. II, par. 5) du commentaire, p. 294.

³³⁸ Art. 79 a) et b) de la Convention de 1986. Voir le texte de ces dispositions *supra*, par. 5).

de célérité, faute de quoi, il pourrait paralyser et l'effet de la réserve et la possibilité pour les autres États et organisations internationales concernés d'y réagir³³⁹.

14) En pratique, en l'état actuel des moyens modernes de communication, les dépositaires, en tout cas lorsqu'il s'agit d'organisations internationales, s'acquittent de leurs fonctions avec une grande célérité. Alors que, durant les années 80, le délai entre la réception des réserves par le Secrétariat de l'Organisation des Nations Unies et leur diffusion oscillait entre un et deux, voire trois mois, il ressort des renseignements qui ont été donnés à la Commission par la Section des traités du Bureau des affaires juridiques des Nations Unies que:

«1. The time period between receipt of a formality by the Treaty Section and its communication to the parties to a Treaty is approximately 24 hours unless a translation is required or a legal issue is involved. If a translation is required, in all cases, it is requested by the Treaty Section on an urgent basis. If the legal issue is complex or involves communications with parties outside the control of the United Nations, then there may be some delay; however, this is highly unusual. It should be noted that, in all but a few cases, formalities are communicated to the relevant parties within 24 hours.

2. Depositary Notifications are communicated to Permanent Missions and relevant organizations both by regular mail and electronic mail, within 24 hours of processing (see LA 41 TR/221). Additionally, effective January 2001, depositary notifications can be viewed on the United Nations Treaty Collection on the Internet at: <http://untreaty.un.org> (depositary notifications on the Internet are for information purposes only and are not considered to be formal notifications by the depositary). Depositary notifications with bulky attachments, for example those relating to chapter 11(b) 16 are sent by facsimile.».

(1. La période s'écoulant entre la réception d'un instrument par la Section des traités et sa communication aux parties à un traité est approximativement de vingt-quatre heures, à moins qu'une traduction soit nécessaire ou qu'un problème juridique se pose. Si une traduction est nécessaire, dans tous les cas la Section des

³³⁹ Voir le commentaire du projet d'article 73 dans le rapport de la CDI de 1966, *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 294 et 295, par. 3) à 6) du commentaire; voir aussi T.O. Elias, *The Modern Law of Treaties*, Oceana Publications/Sijthoff, Dobbs Ferry/Leiden, 1974, p. 216 et 217.

traités la demande en précisant qu'elle est urgente. Si le problème juridique en cause est complexe ou suppose des communications avec les parties qui échappent au contrôle de l'Organisation, il peut alors s'écouler un certain délai; toutefois, cela est tout à fait inhabituel. Il faut noter que, dans la quasi-totalité des cas, les instruments sont communiqués aux parties intéressées dans les vingt-quatre heures.

2. Les notifications dépositaires sont communiquées aux missions permanentes et aux organisations internationales intéressées par courrier à la fois ordinaire et électronique, dans les vingt-quatre heures (voir LA 41 TR/221). En outre, depuis janvier 2001, les notifications dépositaires peuvent être consultées sur Internet à: <http://untreaty.un.org> (les notifications dépositaires sont reproduites sur Internet seulement pour information et ne sont pas considérées comme des notifications formelles faites par le dépositaire). Les notifications dépositaires assorties d'annexes volumineuses, par exemple celles relatives au chapitre 11 b) 16)³⁴⁰ sont envoyées par télécopie³⁴¹.)

15) Pour sa part, le secrétariat de l'Organisation maritime internationale (OMI) a bien voulu faire savoir à la Commission que le délai qui s'écoule entre la communication de la réserve à un traité dont l'Organisation est dépositaire et sa transmission aux États intéressés est, en général, d'une à deux semaines. Les communications, qui sont traduites

³⁴⁰ Il s'agit des communications relatives à l'Accord concernant l'adoption de prescriptions techniques uniformes applicables aux véhicules à roues et les conditions de reconnaissance réciproque des homologations délivrées conformément à ces prescriptions, du 20 mars 1958 (voir *Traités multilatéraux ...* (ST/LEG/SER.E/25), vol. I, p. 703).

³⁴¹ La Section des traités précise en outre: «3. Please note that the Depositary practice has been changed in cases where the treaty action is a modification to an existing reservation and where a reservation which has been formulated by a party subsequent to establishing its consent to be bound. A party to the relevant treaty now has 12 months within which to inform the depositary that it objects to the modification or that it does not wish him to consider the reservation made subsequent to ratification, acceptance, approval etc. The time period for this 12 months is calculated by the depositary on the basis of the date of issue of the depositary notification. [see LA 41 TR/221 (23-1)].» [Il est à noter que la pratique du dépositaire a été modifiée dans les cas où il s'agit de la modification d'une réserve existante et quand la réserve est formulée par une partie postérieurement à l'expression de son consentement à être liée. Une partie au traité en question dispose dorénavant de douze mois pour informer le dépositaire qu'il objecte à la modification ou qu'il ne souhaite pas que celui-ci prenne en considération la réserve faite postérieurement à la ratification, l'acceptation, l'approbation, etc. La période de douze mois est calculée par le dépositaire à partir de la date d'envoi de la notification dépositaire (voir LA 41 TR/221 (23-1)]. Voir aussi Palitha T. B. Kohona, «Some Notable Developments in the Practice of the UN Secretary-General as Depositary of Multilateral Treaties: Reservations and Declarations», *American Journal of International Law*, vol. 99, 2005, p. 433-450 et «Reservations: Discussion of Recent Developments in the Practice of the Secretary-General of the United Nations as Depositary of Multilateral Treaties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, 2005, p. 415-450.

dans les trois langues officielles de l'Organisation (l'anglais, l'espagnol et le français), sont toujours envoyées par courrier postal.

16) La pratique du Conseil de l'Europe a été décrite à l'intention de la Commission par le secrétariat de cette organisation de la manière suivante:

«The usual period is two to three weeks (notifications are grouped and sent out approximately every two weeks). In some cases, delays occur due to voluminous declarations/reservations or appendices (descriptions or extracts of domestic law and practices) that must be checked and translated into the other official language (The Council of Europe requires that all notification be made in one of the official languages or be at least accompanied by a translation in one of these languages. The translation into the other official language is provided by the Treaty Office.) Urgent notifications that have immediate effect (e.g. derogations under Article 15 of the European Convention on Human Rights) are carried out within a couple of days.

Unless they prefer notifications to be sent directly to the Ministry of Foreign Affairs (currently 11 out of 43 member States), the original notifications are sent out in writing to the Permanent Representations in Strasbourg, which in turn forward them to their capitals. Non-member States that have no diplomatic mission (consulate) in Strasbourg are notified via a diplomatic mission in Paris or Brussels or directly. The increase in member States and notifications over the last ten years has prompted one simplification: since 1999, each notification is no longer signed individually by the Director-General of Legal Affairs (acting for the Secretary General of the Council of Europe), but notifications are grouped and only each cover letter is signed individually. There have not been any complaints against this procedure.

Since our new website (<http://conventions.coe.int>) became operational in January 2000, all information relating to formalities is immediately made available on the web site. The text of reservations or declarations are put on the web site the day they are officially notified. Publication on the web site is, however, not considered to constitute an official notification.».

(Le délai habituel est de deux à trois semaines (les notifications sont groupées et expédiées tous les quinze jours). Il peut arriver que des retards se produisent du fait de déclarations ou réserves volumineuses ou d'annexes (descriptions ou extraits de législations et de pratiques internes) qui doivent être vérifiées et traduites dans l'autre langue officielle. (Le Conseil de l'Europe exige que toute notification soit faite dans une des langues officielles ou soit au moins accompagnée par une traduction dans l'une de ces langues. La traduction dans les autres langues officielles est fournie par le Bureau des traités.) Les notifications urgentes qui ont un effet immédiat (par exemple les dérogations en vertu de l'article 15 de la Convention européenne des droits de l'homme) sont traitées en un ou deux jours.

À moins que [les États] ne préfèrent que les notifications soient transmises directement au Ministère des affaires étrangères (c'est actuellement le cas de 11 des 43 États membres), les notifications originales sont envoyées par écrit aux missions permanentes à Strasbourg qui les transmettent à leur tour aux capitales. Les notifications aux États non membres qui n'ont pas de mission diplomatique (ou de consulat) à Strasbourg sont effectuées par l'intermédiaire de leur mission diplomatique à Paris ou à Bruxelles ou même directement. L'augmentation des États membres et des notifications au cours des dix dernières années a entraîné une simplification: depuis 1999, chaque notification n'est plus signée individuellement par le Directeur général des affaires juridiques (agissant au nom du Secrétaire général du Conseil de l'Europe); elles sont regroupées et seule la lettre de couverture est signée. Il n'y a pas eu de protestations contre cette procédure.

Depuis que notre nouveau site Internet (<http://conventions.coe.int>) est devenu opérationnel en janvier 2000, toute information relative aux formalités est immédiatement disponible sur le site Internet. Le texte des réserves ou déclarations est placé sur le site le jour même de leur notification officielle. Toutefois, la publication sur le site n'est pas censée constituer une notification officielle.

- 17) Enfin, il ressort des indications données par l'OEA que:

«Member States are notified of any new signatures and ratifications to Inter-American Treaties through the OAS Newspaper, which circulates every day. In a more formal way, we notify every three months through a procès-verbal sent to the Permanent Missions to the OAS or after meetings where there are a significant

number of new signatures and ratifications such as, for example, the General Assembly.

The formal notifications, which also include the bilateral agreements signed between the General Secretariat and other parties, are done in Spanish and English.».

(Les États membres sont informés de toute nouvelle signature ou ratification des traités interaméricains par le moyen du *Journal de l'OEA*, qui est diffusé chaque jour. D'une manière plus formelle nous notifions [les formalités] [aux États membres] tous les trois mois par un procès-verbal envoyé aux missions permanentes auprès de l'OEA ou après les réunions pendant lesquelles il y a un nombre considérable de nouvelles signatures et ratifications, comme par exemple l'Assemblée générale.

Les notifications formelles, qui incluent aussi les accords bilatéraux signés entre le secrétariat général avec d'autres parties, sont faites en espagnol et en anglais.)

18) Il n'a pas paru nécessaire à la Commission que ces très intéressantes précisions soient intégralement reflétées dans le Guide de la pratique. Il lui semble cependant utile de donner, dans la directive 2.1.6, quelques indications constituant des recommandations générales adressées tant au depositaire (lorsqu'il y en a un) qu'aux auteurs des réserves (lorsqu'il n'y a pas de depositaire). Celui-ci combine le texte des articles 78, paragraphe 1 e), et 79 de la Convention de Vienne de 1986³⁴² et l'adapte aux problèmes particuliers posés par la communication des réserves.

19) Le «chapeau» de cette directive reprend les parties pertinentes communes à ceux des articles 78 et 79 des Conventions de Vienne de 1969 et 1986, en les simplifiant quelque peu: la rédaction retenue à Vienne pour introduire l'article 78 de la Convention de 1986 («les États et organisations contractantes [*sic*] ou, selon le cas, les organisations contractantes...») paraît en effet inutilement lourde et n'ajoute pas grand-chose. Au surplus, comme cela est indiqué ci-dessus³⁴³, le texte de la directive 2.1.6 reproduit, à une nuance près, la formule de l'article 23, paragraphe 1, de cette Convention («aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations

³⁴² Art. 77, par. 1 e), et 79 de la Convention de 1969.

³⁴³ Par. 7) et 8).

internationales ayant qualité pour devenir parties»), de préférence à celle de l'article 78, paragraphe 1 e) («les parties aux traités et les États et organisations internationales ayant qualité pour le devenir»). Bien que cette dernière formule soit probablement plus élégante et signifie la même chose, elle s'écarte de la terminologie retenue dans la section des Conventions de Vienne relative aux réserves. Toutefois, il n'a pas paru utile d'alourdir le texte en reprenant deux fois l'expression de l'article 23 dans les alinéas i) et ii). Au demeurant, cet allègement purement rédactionnel n'implique aucune modification du texte de Vienne: l'expression «États et organisations auxquels elle est destinée» ii) renvoie aux «États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties» i). Il en va de même de l'adjonction de l'adjectif «internationales» que la Commission a accolé au substantif «organisations» dans le «chapeau» du premier alinéa pour éviter toute ambiguïté et pallier à l'absence, dans le Guide de la pratique, de définition de l'expression «organisation contractante» (alors qu'une telle définition figure à l'article 2, par. 1 f) de la Convention de Vienne de 1986); certains membres de la Commission ont cependant regretté cette liberté, qu'ils estiment superflue, prise à l'égard de la rédaction de Vienne; il va de soi que cette précision vaut pour la directive dans son ensemble. Dans le même esprit, la subdivision du premier paragraphe de la directive en deux alinéas distincts le rend probablement plus facilement compréhensible, sans en modifier le sens.

20) En ce qui concerne les délais de transmission de la réserve aux États ou organisations internationales auxquels elle est destinée, il n'a pas paru possible à la Commission de fixer un délai rigide. L'expression «dans les meilleurs délais», incluse dans l'alinéa ii), paraît suffisante pour attirer l'attention des destinataires sur la nécessité de procéder avec célérité. En revanche, une telle précision ne s'impose pas dans l'alinéa i): il appartient à l'auteur de la réserve de prendre ses responsabilités à cet égard³⁴⁴.

21) Dans la droite ligne des directives 2.1.1 et 2.1.2, qui rappellent que la formulation et la confirmation des réserves doivent être faites par écrit, le dernier paragraphe de la directive 2.1.6 précise que leur communication aux États et organisations internationales auxquels elles doivent être transmises doit être formelle. Bien que certains membres de la Commission eussent exprimé des doutes sur la nécessité de cette précision, celle-ci a paru utile compte tenu de la pratique fréquente des dépositaires consistant à utiliser les moyens

³⁴⁴ Voir *supra*, par. 13).

modernes de communication, courrier électronique ou télécopie, qui sont moins fiables que les modes traditionnels de transmission. Pour cette raison une majorité des membres de la Commission a estimé que toute communication relative aux réserves devait être confirmée par une note diplomatique (dans les cas où l’auteur est un État) ou par une «notification dépositaire» (lorsqu’elle émane d’une organisation internationale³⁴⁵). Bien que certains membres fussent d’avis contraire, la Commission a estimé que, dans ce cas, le délai devait courir à compter de l’envoi du courrier électronique ou de la télécopie: cela présente l’avantage d’éviter toute controverse quant à la date de réception de la confirmation et est sans inconvénient pratique puisque, selon les indications qui ont été données à la Commission, la confirmation écrite est en général faite simultanément ou très rapidement après cet envoi, du moins par les organisations internationales dépositaires. Ces précisions sont données dans le troisième alinéa de la directive 2.1.6.

22) Il n’a paru ni utile ni possible de donner des précisions quant à la langue ou aux langues dans lesquelles ces communications doivent être faites car les pratiques des dépositaires varient³⁴⁶. De même, la Commission a estimé qu’il était judicieux de s’en remettre à la pratique sur le point de savoir quel doit être, concrètement, l’organe destinataire des communications³⁴⁷.

23) En revanche, le deuxième alinéa de la directive 2.1.6 reprend, en l’adaptant au cas particulier des réserves, la règle posée par les alinéas *b* et *c* de l’article 79 de la Convention de Vienne de 1986 précité³⁴⁸. Toutefois, il a semblé possible d’en simplifier la rédaction sans opérer de distinction entre le cas où la réserve est communiquée directement par son auteur et l’hypothèse où elle l’est par le dépositaire. Dans les deux cas, c’est la réception de la communication par l’État ou l’organisation internationale destinataire qui est déterminante. C’est notamment à partir de la date de réception que le délai pour formuler une objection court³⁴⁹. Il est à noter que la date d’effet de la

³⁴⁵ Une notification dépositaire est le moyen, devenu habituel, des communications relatives aux traités faites par des organisations internationales ou les chefs de secrétariat dépositaires. Les notes diplomatiques habituelles pourraient cependant être utilisées par une organisation internationale en cas de communications adressées à des États non membres de l’organisation et n’ayant pas non plus le statut d’observateur.

³⁴⁶ Lorsque le dépositaire est un État, il semble qu’il procède en général aux communications de ce type dans sa ou ses langues officielles; lorsque c’est une organisation internationale, elle peut utiliser soit toutes ses langues officielles (OMI), soit une ou deux langues de travail (ONU).

³⁴⁷ Ministères des affaires étrangères, missions diplomatiques auprès de l’État ou des États dépositaires, missions permanentes auprès de l’organisation dépositaire.

³⁴⁸ Voir *supra*, par. 5).

³⁴⁹ S’agissant des objections, voir *infra*, la directive 2.6.13.

notification risque d'être différente d'un État ou d'une organisation internationale à un autre en fonction de la date de réception.

2.1.9 Motivation

Une réserve devrait autant que possible indiquer les motifs pour lesquels elle est faite.

Commentaire

1) Ni les travaux de la Commission sur le droit des traités, ni les Conventions de Vienne de 1969 et de 1986 n'imposent, d'une façon ou d'une autre, qu'un État ou une organisation internationale qui formule une réserve motive celle-ci et indique les raisons pour lesquelles il lui semble nécessaire d'exclure ou de modifier l'effet juridique de certaines dispositions du traité, ou du traité dans son ensemble sous certains aspects particuliers. La motivation des réserves ne constitue donc pas une condition de validité des réserves dans le système de Vienne.

2) En revanche, dans le cadre de certains instruments conventionnels, les États sont tenus de motiver leurs réserves et d'indiquer les raisons pour lesquelles ils les formulent. Un exemple particulièrement parlant est constitué par l'article 57 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, qui dispose:

1. Tout État peut, au moment de la signature de la présente Convention ou du dépôt de son instrument de ratification, formuler une réserve au sujet d'une disposition particulière de la Convention, dans la mesure où une loi alors en vigueur sur son territoire n'est pas conforme à cette disposition. Les réserves de caractère général ne sont pas autorisées aux termes du présent article.

2. Toute réserve émise conformément au présent article comporte un bref exposé de la loi en cause.

Sous ce régime, qui est sans aucun doute *lex specialis* par rapport au droit international général, l'exposé de la loi qui est à l'origine de la réserve constitue une véritable condition de validité de toute réserve formulée à la Convention de Rome. Dans la célèbre affaire *Belilos*, la Cour européenne des droits de l'homme a considéré que l'article 57 (ancien 64), paragraphe 2, «ne contient pas une simple exigence de forme; il édicte une condition de

fond»³⁵⁰. Selon la Cour, l'exigence de motivation ou d'explication «vise à offrir, notamment aux autres parties contractantes et aux organes de la Convention, la garantie que la réserve ne va pas au-delà des dispositions explicitement écartées par l'État concerné»³⁵¹. Le non-respect de cette condition de motivation (ou d'explication) est sanctionné par l'invalidité de la réserve³⁵².

3) Bien que, en droit international général, une telle conséquence drastique ne puisse certainement pas être attachée à l'absence de motivation, les raisons et l'utilité de la motivation des réserves soulignées par la Cour européenne en 1988 sont transposables à l'ensemble des traités et valent pour toutes les réserves. C'est pour cette raison que la Commission a jugé utile d'encourager la motivation des réserves sans la rendre juridiquement obligatoire – ce qui, de toute manière, n'eût pas été compatible avec la nature juridique du Guide de la pratique. La formulation non contraignante de la directive, qui se traduit par l'emploi du conditionnel, met en évidence qu'il s'agit là d'une formalité souhaitable mais nullement d'une obligation juridique.

4) La motivation (facultative donc) n'est pas une formalité supplémentaire destinée à rendre la formulation des réserves plus difficile, mais constitue un moyen utile pour et l'auteur de la réserve et les autres États, organisations internationales ou organes de contrôle intéressés, de s'acquitter efficacement des fonctions qui sont les leurs. Elle donne à l'auteur de la réserve la possibilité de s'exprimer et de clarifier non seulement les raisons qui l'ont incité à la formuler – par exemple (mais pas exclusivement) en indiquant les obstacles de droit interne qui peuvent rendre difficile ou impossible l'application de la disposition sur laquelle porte la réserve – mais également de donner des éléments utiles à l'appréciation de la validité de la réserve. À cet égard, il convient de garder à l'esprit que l'appréciation de la validité d'une réserve revient, aussi, à son auteur.

5) De plus, la motivation et les explications fournies par l'auteur de la réserve facilitent également la tâche des autres entités ayant compétence pour apprécier la validité de la réserve, c'est-à-dire des autres États ou organisations internationales intéressés, des organes de règlement de différends appelés à interpréter ou à appliquer le traité ou des organes de contrôle de l'application du traité. La motivation de la réserve constitue dès

³⁵⁰ *Belilos c. Suisse* (requête n° 10328/83), arrêt, 29 avril 1988, *Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme*, série A, vol. 132, par. 59.

³⁵¹ Ibid.

³⁵² Ibid., par. 60.

lors un des moyens dont disposent les États et les organisations internationales qui en sont les auteurs de coopérer avec les autres parties contractantes et les organes de contrôle afin de permettre l'appréciation de la validité de la réserve³⁵³.

6) Toute motivation et toute explication des raisons qui ont rendu la formulation de la réserve nécessaire aux yeux de son auteur contribuent également à l'établissement d'un dialogue réservataire fécond entre l'auteur de la réserve et les États et organisations internationales contractants et, s'il en existe un, l'organe de contrôle. Ceci est bénéfique non seulement pour les États ou organisations internationales qui sont appelés à s'exprimer sur la réserve en l'acceptant ou en y faisant objection, mais également pour l'auteur même de la réserve qui, en la motivant, peut contribuer à lever les doutes que peuvent nourrir ses partenaires sur la validité de celle-ci et orienter le dialogue réservataire dans le sens d'une plus grande compréhension mutuelle.

7) En pratique, on constate que les réserves sont plus rarement assorties de motivation que les objections. On trouve cependant dans la pratique étatique des exemples de cas dans lesquels les États et les organisations internationales s'efforcent d'indiquer les raisons pour lesquelles ils formulent telle ou telle réserve. Parfois, ils le font pour des motifs de pure opportunité et, dès lors, leurs explications ne sont pas d'une aide particulière pour apprécier la validité de la réserve – sauf peut-être justement en ce que la motivation établit qu'elle est motivée par de telles considérations d'opportunité³⁵⁴. Mais, souvent, les explications dont les réserves sont accompagnées éclairent considérablement l'interprète sur leur motivation. Ainsi, la Barbade a justifié sa réserve à l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques par des difficultés pratiques de mise en œuvre:

³⁵³ Cette obligation de coopérer avec les organes de contrôle a été soulignée par la Commission dans ses Conclusions préliminaires de 1997 concernant les réserves aux traités multilatéraux normatifs, y compris les traités relatifs aux droits de l'homme, dont le paragraphe 9 dispose: «La Commission appelle les États à coopérer avec les organes de contrôle...» (*Annuaire ... 1997*, vol. II, deuxième partie, p. 58). Cette obligation de coopérer a également été soulignée par les organes créés en vertu d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme lors de leur sixième réunion intercomités (2007) (voir le rapport de la réunion du Groupe de travail sur les réserves, HRI/MC/2007/5, par. 16 (Recommandations), point 9.a).

³⁵⁴ Tel est le cas de la réserve française à l'Accord européen complétant la Convention sur la signalisation routière par laquelle, «[e]n ce qui concerne l'article 23, paragraphe 3 *bis* b), de l'Accord sur la signalisation routière, la France entend conserver la possibilité d'utiliser les feux situés du côté opposé au sens de circulation, afin d'être en mesure de donner des indications différentes de celles données par les feux situés du côté correspondant au sens de circulation» (*Traités multilatéraux ... (ST/LEG/SER.E/25)*, vol. I, p. 933 (chap. XI-B, 24)).

«Le Gouvernement de la Barbade déclare qu’il se réserve 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; en effet, bien qu’il souscrive aux principes énoncés dans ledit paragraphe, il ne peut, étant donné l’ampleur des difficultés d’application, garantir actuellement la mise en œuvre intégrale de cette disposition»³⁵⁵.

Pour donner un autre exemple (parmi de nombreux précédents), le Congo a formulé une réserve, assortie de longues explications, à l’article 11 du même Pacte:

«Le Gouvernement de la République populaire du Congo déclare qu’il ne se sent pas lié par les dispositions de l’article 11...

L’article 11 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques diverge sensiblement avec les articles 386 et suivants du Code congolais de procédure civile, commerciale, administrative et financière, résultant de la loi 51/83 du 21 avril 1983 aux termes desquels, en matière de droit privé, l’exécution des décisions ou des procès-verbaux de conciliation peut être poursuivie par la voie de la contrainte par corps lorsque les autres voies d’exécution ont été utilisées en vain, que le montant en principal de la condamnation excède 20 000 francs CFA et que le débiteur, âgé de plus de 18 ans et moins de 60 ans, s’est rendu insolvable par mauvaise foi»³⁵⁶.

8) Les avantages évidents de la motivation des réserves et le rôle que joue celle-ci dans le dialogue réservataire ont conduit la Commission à ne pas préciser dans la directive 2.1.9 que la motivation devrait être effectuée avec la réserve elle-même et en faire partie intégrante – comme c’est en général le cas de la motivation des objections³⁵⁷ – mais ceci est sans aucun doute souhaitable, même si rien n’empêche un État ou une organisation internationale de motiver *ex post* sa réserve.

9) Au demeurant, s’il paraît opportun d’encourager la motivation des réserves, celle-ci ne doit pas, de l’avis de la Commission, constituer un paravent trop commode permettant de justifier la formulation de réserves générales ou vagues. En vertu de la directive 3.1.7

³⁵⁵ Ibid., p. 185 (chap. IV, 4). Voir aussi la réserve de la Gambie (ibid., p. 188).

³⁵⁶ Ibid., p. 186 (chap. IV, 4).

³⁵⁷ Voir *infra*, la directive 2.6.10 et son commentaire. Il est, de toute manière, fort difficile de distinguer la réserve de sa motivation si l’une et l’autre figurent dans le même instrument.

(Réserves vagues ou générales), «[u]ne réserve doit être rédigée en des termes permettant d'en apprécier la portée, afin d'en déterminer en particulier la compatibilité avec l'objet et le but du traité». La motivation ne peut pas remplacer l'exigence de formulation de la réserve dans des termes permettant d'en apprécier la validité. Une réserve doit, même sans la motivation, se suffire à elle-même et permettre, en elle-même, l'appréciation de sa validité. La motivation ne peut que faciliter cette appréciation³⁵⁸.

10) De même, la possibilité de motiver une réserve à tout moment ne saurait permettre à son auteur de modifier ou d'aggraver la portée même de la réserve antérieurement formulée. Ceci résulte des directives 2.3.4 (Exclusion ou modification ultérieure des effets juridiques d'un traité par des procédés autres que les réserves) et 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve).

2.6 Formulation des objections

2.6.5 Auteur

Une objection à une réserve peut être formulée par:

- i) Tout État contractant ou toute organisation internationale contractante; et
- ii) Tout État ou toute organisation internationale ayant qualité pour devenir partie au traité, auquel cas cette déclaration ne produit aucun effet juridique jusqu'à ce que l'État ou l'organisation internationale ait exprimé son consentement à être lié par le traité.

³⁵⁸ Il reste que, dans certains cas, la clarification résultant de la motivation de la réserve pourrait permettre de considérer comme étant valide une réserve «douteuse». Ainsi, le Belize a assorti sa réserve à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite des stupéfiants et de substances psychotropes de l'explication suivante:

«L'article 8 de la Convention fait obligation aux Parties d'envisager la possibilité de transférer les procédures répressives relatives à certaines infractions dans les cas où ce transfert est nécessaire dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice.

Les tribunaux béliziens n'ont aucune compétence extraterritoriale; par suite, ils ne sont nullement compétents pour connaître des infractions commises à l'étranger à moins que celles-ci ne l'aient été en partie à l'intérieur du territoire de leur ressort par une personne relevant de leur compétence. De plus, aux termes de la Constitution bélizienne, l'action publique appartient au Directeur du ministère public, fonctionnaire indépendant, qui ne relève pas du contrôle du Gouvernement.

Cela étant, le Belize ne pourra donner qu'une application limitée à la Convention pour autant que sa Constitution et ses lois le permettent.» (*Traités multilatéraux ...* (ST/LEG/SER.E/25), vol. I, p. 490 (chap. VI, 19)).

En l'absence d'une telle explication, la réserve du Belize aurait pu être qualifiée de «vague ou générale» et tomber sous le coup de la directive 3.1.7. Assortie de cette motivation, elle paraît beaucoup plus défendable.

Commentaire

- 1) La directive 2.6.1 relative à la définition des objections ne répond pas à la question de savoir quels sont les États ou les organisations internationales pouvant faire ou formuler des objections à une réserve d'un autre État ou d'une autre organisation internationale. Tel est l'objet de la directive 2.6.5.
- 2) Les Conventions de Vienne comportent des indications sur la question des auteurs possibles d'une objection. L'article 20, paragraphe 4 b), de la Convention de 1986 vise l'«objection faite à une réserve par un État contractant ou par une organisation contractante...». Il en ressort que les États contractants et les organisations internationales contractantes au sens de l'article 2, paragraphe 1 f), de la Convention de Vienne de 1986 sont sans aucun doute des auteurs possibles d'une objection. Cette hypothèse correspond à l'alinéa *i* de la directive 2.6.5.
- 3) La Commission a été cependant divisée quant à la question de savoir si des États ou des organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité peuvent également formuler des objections. Selon un point de vue, ces États et organisations internationales n'ont pas les mêmes droits que les États et organisations internationales contractants et ne peuvent donc pas formuler d'objections dans le sens propre de ce terme. Il a été soutenu que le silence de la Convention de Vienne sur ce point ne devrait pas être interprété comme accordant à cette catégorie d'États et d'organisations internationales le droit de formuler des objections et qu'il résulterait de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne que seules des parties contractantes peuvent formuler des objections. Il a été soutenu qu'en conséquence les déclarations formulées par des États et des organisations internationales ayant jusque-là simplement qualité pour devenir parties au traité ne devraient pas être qualifiées d'objections³⁵⁹. Selon cette même opinion, ouvrir une telle possibilité pourrait créer un problème pratique car, dans le cas d'un traité ouvert, les parties à celui-ci pourraient n'avoir pas eu connaissance de certaines objections.
- 4) Toutefois, selon le point de vue majoritaire, les dispositions de l'article 20, paragraphe 4 b) et paragraphe 5, des Conventions de Vienne non seulement n'excluent aucunement mais impliquent au contraire la possibilité pour les États et organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité de formuler des objections au

³⁵⁹ Cette position semble être défendue par Belinda Clark («The Vienna Convention Reservations Regime and the Convention on Discrimination Against Women», *AJIL*, vol. 85, 1991, n° 2, p. 297).

sens de la définition retenue dans la directive 2.6.1. Le paragraphe 4 b) de l'article 20 détermine simplement les effets éventuels d'une objection faite par un État contractant ou par une organisation contractante; mais le fait que le paragraphe 4 ne précise pas les effets des objections formulées par des États autres que les États contractants ou des organisations autres que les organisations contractantes n'implique nullement que ces autres États ou organisations ne peuvent pas formuler des objections³⁶⁰. La limitation des auteurs possibles d'une objection qui pourrait paraître résulter de l'article 20, paragraphe 4 b), des Conventions de Vienne n'est d'ailleurs pas reprise par l'article 21, paragraphe 3, relatif aux effets de l'objection sur l'application du traité dans les cas où l'auteur de l'objection ne s'est pas opposé à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'État réservataire. En outre, comme l'article 23, paragraphe 1, l'indique clairement, les réserves, ainsi que les acceptations expresses et les objections, sont communiquées non seulement aux États et organisations contractants mais également «aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité»³⁶¹. Une telle notification n'a de sens que si ces autres États et autres organisations internationales peuvent effectivement réagir à la réserve, par le biais d'une acceptation expresse ou d'une objection. Enfin et surtout, cette position a paru à la Commission seule compatible avec la lettre et l'esprit de la directive 2.6.1 qui définit les objections aux réserves non pas en fonction des effets qu'elles produisent mais de ceux que les États ou organisations internationales objectant *visent à leur faire produire*³⁶².

5) Ce point de vue est par ailleurs confirmé par l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice concernant les *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide* de 1951. Dans le dispositif de son avis, la Cour a clairement consacré la possibilité pour les États ayant qualité pour devenir parties à la Convention de formuler des objections:

«La Cour est d'avis ...

- a) qu'une objection à une réserve faite par un État signataire qui n'a pas encore ratifié la Convention ne peut avoir l'effet juridique indiqué dans la réponse à la

³⁶⁰ En ce sens, voir Pierre-Henri Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 150.

³⁶¹ Voir également l'article 78 (77), par. 1 e) et f), des Conventions de Vienne sur la fonction du dépositaire à l'égard des «États et organisations internationales ayant qualité pour devenir parties».

³⁶² La définition des réserves elle-même, telle qu'elle est donnée à l'article 2, par. 1 d), des Conventions de Vienne et reprise dans la directive 1.1, est conçue de la même manière: il s'agit de déclarations *visant à produire* certains effets (mais qui ne les produisent pas forcément).

question 1 que lors de la ratification. Jusqu'à ce moment, elle sert seulement à avertir les autres États de l'attitude éventuelle de l'État signataire;

- b) qu'une objection à une réserve faite par un État qui a le droit de signer ou d'adhérer mais qui ne l'a pas encore fait ne produit aucun effet juridique.»³⁶³.

6) Dans la pratique étatique, des États non contractants formulent d'ailleurs souvent des objections à des réserves. Ainsi, Haïti a fait objection aux réserves de Bahreïn à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques à un moment où il n'était pas même signataire de celle-ci³⁶⁴. De même, les États-Unis ont formulé deux objections aux réserves de la Syrie et de la Tunisie à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 alors même qu'ils n'étaient – et ne sont – pas un État contractant à cette Convention³⁶⁵. De même, encore dans les exemples suivants, les États auteurs des objections étaient, au moment de la formulation de celles-ci, de simples signataires du traité (qu'ils ont ratifié ultérieurement):

- Objection du Luxembourg aux réserves faites par l'URSS, la Biélorussie et l'Ukraine à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques³⁶⁶; ou
- Objections du Royaume-Uni aux réserves de la Tchécoslovaquie, de la Bulgarie, de la Biélorussie, de l'Ukraine, de la Roumanie, de l'URSS, de l'Iran et de la Tunisie à la Convention de Genève sur la mer territoriale et la zone contigüe³⁶⁷ et à celles de la Bulgarie, de la Hongrie, de la Pologne, de la

³⁶³ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 30, par. III du dispositif. (En dépit du texte de l'alinéa *b*, certains membres de la Commission estiment que la Cour ne visait ici que les États signataires.) Telle a été également la position de H. Waldock dans son Premier rapport sur le droit des traités. Le projet d'article 19, entièrement consacré aux objections et à leurs effets, prévoyait que «tout État qui est partie à un traité, *ou est en droit de le devenir*, a le droit de faire objection...» (*Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 70 (italiques ajoutées)). On relèvera cependant que ce membre de phrase n'a pas été retenu dans les dispositions de la Convention de Vienne sur le droit des traités relatives aux objections.

³⁶⁴ *Traités multilatéraux ...* (ST/LEG/SER.E/25), vol. I, p. 99 (chap. III, 3) – date de l'objection: 9 mai 1972, date de l'adhésion: 2 février 1978.

³⁶⁵ *Ibid.*, vol. II, p. 421 et 422 (chap. XXIII, 1).

³⁶⁶ *Ibid.*, vol. I, p. 100 (chap. III, 3) – date de la signature: 2 février 1962; date de l'objection: 18 janvier 1965; date de la ratification: 17 août 1966.

³⁶⁷ *Ibid.*, vol. II, p. 323 (chap. XXI, 1) – date de la signature: 9 septembre 1958; date de l'objection: 6 novembre 1959; date de la ratification: 14 mars 1960.

Biélorussie, de l'Ukraine, de la Roumanie, de la Tchécoslovaquie, de l'URSS et de l'Iran à la Convention de Genève sur la haute mer³⁶⁸.

7) Dans la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire, de telles objections formulées par des États ou des organisations internationales ayant droit de devenir parties au traité font l'objet de «communications»³⁶⁹ et non de «notifications dépositaires» mais ce qui est «communiqué», ce sont bien des objections au sens de la directive 2.6.1.

8) Selon la position majoritaire, il apparaît donc tout à fait possible que des États et des organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité formulent des objections dans le sens de la définition de la directive 2.6.1 alors même qu'ils n'ont pas exprimé leur consentement à être liés par le traité. Cette possibilité est consacrée dans l'alinéa *ii* de la directive 2.6.5.

9) En réalité, il semble non seulement possible mais également prudent pour des États ou des organisations internationales qui ont vocation à devenir parties mais qui n'ont pas encore exprimé leur consentement définitif à être liés de manifester leur opposition à une réserve et de faire part de leur point de vue sur la réserve en question. Comme la Cour l'a remarqué dans son avis consultatif de 1951, une telle objection «sert seulement à avertir les autres États de l'attitude éventuelle de l'État signataire»³⁷⁰. Un tel avertissement peut en outre s'avérer utile tant pour l'État ou l'organisation réservataire que, le cas échéant, pour les organes de contrôle de l'application du traité.

10) Il n'est au demeurant pas douteux qu'une objection formulée par un État ou une organisation qui n'a pas encore exprimé son consentement à être lié par le traité ne produit pas immédiatement les effets juridiques visés par son auteur. Ceci ressort également du dispositif de l'avis consultatif de 1951 qui constate qu'une telle objection «ne peut avoir l'effet juridique indiqué dans la réponse à la question 1 que lors de la ratification» par l'État ou l'organisation qui l'a formulée³⁷¹. L'effet juridique potentiel d'une objection formulée par un État ou une organisation internationale avant de devenir partie au traité ne se réalise que lors de la ratification, de l'adhésion ou de l'approbation du traité (s'il s'agit

³⁶⁸ Ibid., vol. II, p. 329 (chap. XXI, 2) – date de la signature: 9 septembre 1958; date de l'objection: 6 novembre 1959; date de la ratification: 14 mars 1960.

³⁶⁹ *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux*, ST/LEG/8, New York, 1997, par. 214.

³⁷⁰ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 30, par. III du dispositif.

³⁷¹ Ibid.

d'un traité en forme solennelle) ou de la signature (dans le cas d'un accord en forme simplifiée). Ceci n'empêche pas de qualifier ces déclarations d'objection; mais elles sont «conditionnelles» ou «conditionnées» en ce sens que leurs effets juridiques sont subordonnés à un acte distinct: l'expression du consentement définitif à être lié.

2.6.6 Formulation conjointe

La formulation conjointe d'une objection par plusieurs États ou organisations internationales n'affecte pas le caractère unilatéral de cette objection.

Commentaire

1) Bien que, selon la définition contenue dans la directive 2.6.1, une objection soit une déclaration unilatérale³⁷², il est tout à fait possible que plusieurs États ou/et plusieurs organisations internationales formulent conjointement une objection ensemble. La pratique en la matière n'est pas très développée; elle n'est cependant pas inexistante.

2) Dans le cadre des organisations régionales, et tout particulièrement au sein du Conseil de l'Europe, les États membres s'efforcent de coordonner et d'harmoniser dans la mesure du possible leurs réactions et leurs objections aux réserves. Bien que ces États continuent de formuler individuellement leurs objections, ils se concertent non seulement quant à l'opportunité de faire des objections, mais également sur la formulation de celles-ci³⁷³. Techniquement, ces objections restent cependant des déclarations unilatérales de chacun des États auteurs.

3) Mais on peut également citer des cas dans lesquels des États et des organisations internationales ont formulé des objections d'une façon véritablement conjointe. Ainsi la Communauté européenne et ses (à l'époque) neuf États membres ont objecté, par un même instrument, aux «déclarations» faites par la Bulgarie et la République démocratique allemande au sujet de l'article 52, paragraphe 3, de la Convention douanière relative au transport international de marchandises sous le couvert de carnets TIR du 4 novembre 1975 ouvrant à des unions douanières ou économiques la possibilité de devenir parties³⁷⁴.

³⁷² Voir aussi le commentaire de la directive 2.6.1 (Définition des objections aux réserves), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, p. 185, par. 6) du commentaire.

³⁷³ Voir, par exemple, les objections de certains des États membres du Conseil de l'Europe à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif de 1997 (*Traités multilatéraux ...* (ST/LEG/SER.E/25), vol. II, p. 139 à 147 (chap. XVIII, 9)) ou à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999 (*ibid.*, p. 176 à 193 (chap. XVIII, 11)).

³⁷⁴ *Ibid.*, vol. I, p. 658 (chap. XI-A, 16).

La Communauté européenne a également formulé certaines objections «[a]u nom de la Communauté économique européenne et de ses États membres»³⁷⁵.

4) Il a semblé à la Commission qu'il n'y a rien à redire à la formulation conjointe d'une objection par plusieurs États ou organisations internationales: on voit mal ce qui les empêcherait de faire ensemble ce qu'ils peuvent sans aucun doute faire séparément et dans les mêmes termes. Cette souplesse s'impose d'autant plus qu'avec la multiplication des marchés communs et des unions douanières et économiques, il est probable que les précédents constitués par les objections ou les déclarations interprétatives conjointes mentionnées ci-dessus se multiplieront, ces institutions partageant souvent des compétences avec leurs États membres; or il serait très artificiel d'exiger que ceux-ci agissent séparément de l'institution à laquelle ils appartiennent. Techniquement, rien ne s'oppose donc à la formulation conjointe d'une objection. Ceci n'affecte cependant aucunement le caractère unilatéral de l'objection.

5) La rédaction de la directive 2.6.6 est calquée sur celle des directives 1.1.7 («Réserves formulées conjointement») et 1.2.2 («Déclarations interprétatives formulées conjointement»). Toutefois, dans le texte anglais, le mot «*character*» a été préféré à «*nature*» après l'adjectif «*unilateral*»; cette modification présente l'avantage d'aligner le texte anglais sur la version française mais nécessitera une uniformisation des trois projets de directives lors de la seconde lecture.

2.6.7 Forme écrite

Une objection doit être formulée par écrit.

Commentaire

1) En vertu de l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, les objections «doivent être formulées par écrit et communiquées aux États contractants et aux organisations internationales contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité».

³⁷⁵ Voir, par exemple, l'objection à la déclaration soviétique à la Convention sur le commerce du blé de 1986 (*Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, État au 31 décembre 1987* (ST/LEG/SER.E/6), Nations Unies, New York, 1988 (chap. XIX, 26) et l'objection identique à la déclaration soviétique à l'Accord international de 1983 sur les bois tropicaux (ibid., chap. XIX, 28). Dans le même esprit, voir la pratique mise en œuvre depuis 2002 dans le cadre du Conseil de l'Europe en ce qui concerne les réserves aux Conventions relatives à la lutte contre le terrorisme (*supra*, par. 2)).

2) Comme c'est le cas pour les réserves³⁷⁶, l'exigence d'une forme écrite pour les objections n'a jamais été mise en doute ni lors des discussions au sein de la Commission, ni durant les Conférences de Vienne et a été présentée comme relevant de l'évidence. Ainsi, le premier rapport de H. Waldock, premier Rapporteur spécial à avoir consacré des dispositions aux objections, prévoyait déjà, dans le paragraphe 2 a) de son projet d'article 19, que l'«objection à une réserve est faite par écrit...»³⁷⁷, sans que cette exigence formelle ait fait l'objet de commentaires³⁷⁸. Bien que les dispositions procédurales aient été profondément remaniées par le Rapporteur spécial afin de tenir compte des observations de deux gouvernements suggérant de «simplifier quelque peu les dispositions de procédure»³⁷⁹, l'exigence de l'écrit pour les objections a toujours été expressément retenue:

- Dans le paragraphe 5 de l'article 19 adopté en première lecture (1962): «Toute objection à une réserve est formulée par écrit et fait l'objet d'une notification.»³⁸⁰;
- Dans le paragraphe 5 de l'article 20 proposé par le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport (1965): «Une objection à une réserve doit être consignée par écrit.»³⁸¹;
- Dans le paragraphe 1 de l'article 20 adopté en deuxième lecture (1965): «La réserve, l'acceptation expresse d'une réserve et l'objection à une réserve doivent être formulées par écrit et communiquées aux autres États ayant qualité pour devenir parties au traité.»³⁸².

³⁷⁶ Voir la directive 2.1.1 (Forme écrite) et son commentaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, par. 103.

³⁷⁷ Premier rapport, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 70.

³⁷⁸ Ibid., p. 78, par. 22) du commentaire du projet d'article 19, qui se contente de renvoyer au commentaire du projet d'article 17 (ibid., p. 75, par. 11)).

³⁷⁹ Il s'agit des Gouvernements suédois et danois. Voir H. Waldock, Quatrième rapport, A/CN.4/177, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 48 et 49 et p. 56, par. 13.

³⁸⁰ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 194.

³⁸¹ Quatrième rapport, A/CN.4/177, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 56.

³⁸² *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 175. Le projet d'article 20 de 1965 devient, dans le texte finalement adopté par la Commission du droit international en 1966, le projet d'article 18 sans subir de modification (*Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 226).

La forme écrite n'a pas non plus été remise en question lors de la Conférence de Vienne de 1968-1969. Tout au contraire, tous les amendements proposés en ce qui concerne la disposition en cause ont retenu l'exigence de l'écrit³⁸³.

3) La forme écrite des objections s'impose sans aucun doute. En effet, la notification, une autre exigence procédurale applicable aux objections (en vertu de l'article 23, par. 1, des Conventions de Vienne), nécessite un document écrit; une simple communication orale ne peut être ni déposée ou enregistrée auprès du dépositaire du traité, ni communiquée aux autres États intéressés. Par ailleurs, des considérations de sécurité juridique justifient et appellent la forme écrite. Il ne faut en effet pas oublier que l'objection est susceptible de produire des effets juridiques importants sur l'opposabilité de la réserve, l'applicabilité des dispositions du traité entre l'État réservataire et l'État ayant formulé l'objection (art. 21, par. 3, des Conventions de Vienne) et sur l'entrée en vigueur du traité (art. 20, par. 4). De surcroît, l'objection renverse la présomption d'acceptation découlant de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne et l'écrit constitue un moyen de preuve important afin de déterminer si un État a effectivement exprimé une objection à une réserve dans le délai prescrit par cette disposition ou si, par défaut, il doit être considéré comme ayant accepté la réserve.

4) La directive 2.6.7 se borne donc à reprendre l'exigence de l'écrit pour les objections, prévue par les premiers mots de l'article 23, paragraphe 1, des Conventions de Vienne, et constitue le pendant de la directive 2.1.1 relative à la forme écrite des réserves.

2.6.8 Expression de l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité

Lorsqu'un État ou une organisation internationale qui fait objection à une réserve entend empêcher le traité d'entrer en vigueur entre lui-même et l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve, il doit en avoir exprimé nettement l'intention avant que le traité entre autrement en vigueur entre eux.

Commentaire

1) Ainsi que cela ressort de l'article 20, paragraphe 4 b), des Conventions de Vienne, un État ou une organisation internationale qui fait une objection à une réserve peut s'opposer à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'auteur de la réserve. Pour

³⁸³ Voir l'amendement espagnol: «La réserve, l'acceptation de la réserve et l'objection à la réserve doivent être formulées par écrit et être dûment communiquées par leur auteur aux autres États qui sont parties au traité ou qui ont qualité pour devenir parties» (A/CONF.39/C.1/L.149 dans *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 150).

qu'il en soit ainsi, encore faut-il, conformément à cette même disposition, que cette intention ait «nettement été exprimée par l'État ou l'organisation internationale qui a formulé l'objection». À la suite du renversement de la présomption concernant les effets de l'objection sur l'entrée en vigueur du traité entre l'État réservataire et l'État auteur de l'objection décidé lors de la Conférence de Vienne de 1969³⁸⁴, une déclaration claire et non équivoque est nécessaire pour empêcher le traité d'entrer en vigueur dans les relations entre les deux États³⁸⁵. C'est le sens qu'il faut donner à l'article 20, paragraphe 4 b), des Conventions de Vienne dont le texte est, pour l'essentiel, repris dans la directive 2.6.8.

2) L'objection des Pays-Bas aux réserves à l'article IX de la Convention sur le génocide répond certainement à cette exigence de netteté; elle précise que «le Gouvernement des Pays-Bas considère comme n'étant pas partie à la Convention tout État qui a ou aura formulé de telles réserves»³⁸⁶. La France a également très nettement exprimé une telle intention à l'égard de la réserve américaine à l'Accord relatif aux transports internationaux de denrées périssables et aux engins spéciaux à utiliser pour ces transports en déclarant qu'elle «ne sera pas lié[e] par l'Accord A.T.P. dans ses relations avec les États-Unis d'Amérique»³⁸⁷. De la même façon, le Royaume-Uni a fait savoir dans son objection à la réserve syrienne à la Convention de Vienne sur le droit des traités qu'il «ne reconnaît pas l'entrée en vigueur [de la Convention] entre le Royaume-Uni et la Syrie»³⁸⁸.

3) En revanche, le simple fait que l'objection est motivée par le fait que la réserve est considérée comme contraire à l'objet et au but du traité ne suffit pas à exclure l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de l'objection et celui de la réserve. La pratique est indiscutablement fixée en ce sens puisque les États justifient, très fréquemment, leurs

³⁸⁴ Voir notamment l'amendement présenté par l'URSS (A/CONF.39/L.3, *ibid.*, p. 285 et 286) finalement adopté par la Conférence (*Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques* (A/CONF.39/11/Add.1), 10^e séance plénière, 29 avril 1969, p. 37, par. 79).

³⁸⁵ Voir R. Baratta, *Gli effetti della riserve ai trattati*, A. Giuffrè, Milan, 1999, p. 352. L'auteur soutient qu'il ne fait pas de doute que, pour que la conséquence prévue par la règle relative à l'objection qualifiée se produise, celui qui en est l'auteur doit exprimer une volonté en ce sens. Voir cependant *infra*, par. 6).

³⁸⁶ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, État au 31 décembre 2006* (ST/LEG/SER.E/25), vol. I, p. 135 (chap. IV, 1). Voir également l'objection de la Chine (*ibid.*, p. 133 et 134).

³⁸⁷ *Ibid.*, vol. I, p. 926 (chap. XI.B, 22). Voir également l'objection italienne (*ibid.*).

³⁸⁸ *Ibid.*, vol. II, p. 423 (chap. XXIII, 1). Voir également l'objection britannique à la réserve du Viet Nam (*ibid.*, p. 424).

objections par une telle incompatibilité tout en précisant que cette constatation n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre eux et l'auteur de la réserve³⁸⁹.

4) Ni les Conventions de Vienne ni leurs travaux préparatoires ne donnent d'indications utiles quant au moment où l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection doit exprimer nettement l'intention d'empêcher le traité d'entrer en vigueur entre lui-même et l'auteur de la réserve. On peut cependant procéder par déduction. Conformément à la présomption de l'article 20, paragraphe 4 b), des Conventions de Vienne en vertu de laquelle une objection n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité dans les relations conventionnelles entre l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection et l'État ou l'organisation réservataire sauf déclaration en sens contraire, une objection qui n'est pas accompagnée d'une telle déclaration a pour conséquence que le traité entre en vigueur sous réserve de l'application de l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne sur l'effet de la réserve dans les relations entre les deux parties. Si l'État ou l'organisation objectant exprimait une intention contraire par une déclaration subséquente, il remettrait en cause la sécurité juridique.

³⁸⁹ Parmi de très nombreux exemples, voir les objections de plusieurs États membres du Conseil de l'Europe à la réserve syrienne concernant la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme motivées par l'incompatibilité de la réserve avec l'objet et le but de la Convention (Allemagne, Autriche, Belgique, Canada, Danemark, Estonie, Finlande, France, Lettonie, Norvège, Pays-Bas, Portugal, Suède; *Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général*, ... (ST/LEG/SER.E/25), vol. II, p. 176 à 193 (chap. XVIII, 11)). Dans tous ces cas il est précisé que l'objection «ne fait toutefois pas obstacle à l'entrée en vigueur de la Convention entre [son auteur] et la République arabe syrienne». Voir aussi les objections de la Belgique aux réserves égyptienne, cambodgienne et marocaine à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques (ibid., vol. I, p. 98 (chap. III, 3)) ou celles de l'Allemagne à plusieurs réserves concernant la même Convention (ibid., p. 97). Il est cependant intéressant de noter qu'alors que l'Allemagne considère toutes les réserves en question comme étant «incompatible[s] avec la lettre et l'esprit de la Convention», le Gouvernement allemand a déclaré pour certaines des objections seulement qu'elles n'empêchent pas l'entrée en vigueur du traité entre l'Allemagne et les États réservataires, sans pour autant prendre position sur les autres cas. De nombreux exemples peuvent être trouvés dans les objections aux réserves formulées au Pacte international relatif aux droits civils et politiques: notamment les objections faites à la réserve américaine à l'article 6 du Pacte par la Belgique, le Danemark, l'Espagne, la Finlande, la France, l'Italie, la Norvège, les Pays-Bas, le Portugal et la Suède (ibid., p. 196 à 203 (chap. IV, 4)); tous ces États ont considéré la réserve comme incompatible avec l'objet et le but du Pacte, mais ne se sont néanmoins pas opposés à son entrée en vigueur dans leurs relations avec les États-Unis; seule l'Allemagne a gardé le silence sur la question de l'entrée en vigueur du Pacte nonobstant son objection à la réserve (ibid.). Le phénomène n'est cependant pas limité aux traités de droits de l'homme: voir les objections de l'Allemagne, de l'Autriche, de la France et de l'Italie à l'encontre de la réserve du Viet Nam à la Convention des Nations Unies contre le trafic illicite de stupéfiants et de substances psychotropes de 1988 (ibid., p. 494 et 495 (chap. VI, 19)) ou encore les objections des États membres du Conseil de l'Europe aux réserves à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif de 1997 (ibid., vol. II, p. 139 à 147 (chap. XVIII, 9)) ou à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999 (ibid., p. 124 et 125 (chap. XVIII, 7)).

5) Mais il n'en va ainsi que si le traité entre effectivement en vigueur dans les relations entre les deux États ou organisations internationales concernés. Il peut se faire que, bien que l'auteur de l'objection n'ait pas exclu qu'il en aille ainsi au moment où il a formulé l'objection, le traité, pour d'autres raisons³⁹⁰, n'entre pas immédiatement en vigueur. Dans ce cas, la Commission a considéré qu'il n'y avait pas de raison d'interdire à l'auteur de l'objection d'exprimer l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité ultérieurement; une telle solution semble particulièrement nécessaire dans les hypothèses où une période de temps importante s'écoule entre la formulation de l'objection initiale et l'expression du consentement à être lié par le traité de la part de l'État ou de l'organisation internationale réservataire ou de l'auteur de l'objection. C'est pourquoi, tout en excluant que la déclaration «maximisant» la portée de l'objection puisse être faite après l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection, la Commission a précisé que l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité doit être exprimée «avant que le traité entre autrement en vigueur» entre ceux-ci, sans qu'il soit indispensable que la volonté de s'opposer à l'entrée en vigueur du traité soit exprimée dans tous les cas au moment de la formulation de l'objection.

6) Il reste que l'expression de l'intention d'empêcher l'entrée en vigueur du traité par l'auteur de l'objection ou son absence ne préjuge aucunement la question de savoir si le traité entre effectivement en vigueur entre l'État ou l'organisation internationale réservataire et l'État ou l'organisation internationale ayant fait une objection. Cette question concerne les effets juridiques combinés d'une réserve et des réactions qu'elle a provoquées et est en partie indépendante de celle de l'intention des États ou organisations internationales concernés.

2.6.9 Procédure de formulation des objections

Les directives 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7 s'appliquent *mutatis mutandis* aux objections.

Commentaire

1) Les règles procédurales concernant la formulation des objections ne sont pas sensiblement différentes de celles applicables à la formulation des réserves. Telle est

³⁹⁰ Nombre insuffisant de ratifications ou d'adhésions, délai supplémentaire prévu par les dispositions du traité elles-mêmes.

peut-être la raison pour laquelle la Commission a, apparemment, prêté peu d'attention à ces questions lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969.

2) Cette absence d'intérêt s'explique aisément en ce qui concerne les rapporteurs spéciaux partisans du système traditionnel de l'unanimité, Brierly, Lauterpacht et Fitzmaurice³⁹¹: alors que l'acceptation, qui est au centre du système traditionnel de l'unanimité, devait, logiquement à leurs yeux, faire l'objet d'un encadrement juridique, surtout en ce qui concerne son élément temporel, l'objection, qu'ils n'envisageaient que comme un refus d'acceptation empêchant l'unanimité de se réaliser et, par suite, l'État réservataire de devenir partie à l'instrument, ne leur paraissait pas mériter d'être considérée de manière spécifique.

3) Le premier rapport de H. Waldock, introduisant le système «souple» dans lequel les objections jouent un rôle sinon plus important, du moins plus ambigu, contenait un projet d'article entier sur les questions procédurales liées à la formulation des objections³⁹².

³⁹¹ Bien que les propositions *de lege ferenda* de Lauterpacht eussent envisagé les objections, le Rapporteur spécial n'a pas jugé nécessaire d'évoquer la procédure à suivre pour les formuler. Voir les projets de variantes à l'article 9, H. Lauterpacht, [Premier] rapport sur le droit des traités, A/CN.4/63, p. 8 à 10, et pour la version anglaise, *Yearbook ... 1953*, vol. II, p. 91 et 92.

³⁹² Ce projet d'article 19 disposait:

«2. a) L'objection à une réserve est faite par écrit par les soins de l'autorité compétente de l'État qui fait objection ou par un représentant dudit État à ce dûment habilité.

b) L'objection est communiquée à l'État qui a formulé la réserve et à tous les autres États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir, conformément à la procédure prescrite, le cas échéant, par le traité pour ces communications.

c) Si le traité ne prescrit aucune procédure mais désigne un depositaire des instruments relatifs au traité, l'objection est communiquée au depositaire, qui doit:

i) En transmettre le texte à l'État qui a formulé la réserve et à tous les autres États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir;

ii) Appeler l'attention de l'État qui a formulé la réserve et des autres États intéressés sur les dispositions du traité qui concernent les objections aux réserves.

3. a) Dans le cas d'un traité plurilatéral ou multilatéral, l'objection à une réserve ne produit effet que si elle a été faite dans les douze mois qui suivent la date à laquelle la réserve a été formellement communiquée à l'État qui fait objection; toutefois, s'agissant d'un traité multilatéral, l'objection émanant d'un État qui n'était pas partie au traité au moment où la réserve a été communiquée produit néanmoins effet si elle est présentée ultérieurement au moment où l'État accomplit l'acte ou les actes qui lui permettent de devenir partie au traité.

b) Dans le cas d'un traité plurilatéral, l'objection émanant d'un État qui n'est pas encore devenu effectivement ou virtuellement partie au traité:

i) Cesse d'avoir effet si l'État qui fait objection n'a pas lui-même, dans les douze mois qui suivent la date à laquelle l'objection a été faite, accompli un acte définitif de participation au traité;

Malgré le caractère très détaillé de cette disposition, le rapport se contente de la commenter lapidairement en indiquant que «[l]es dispositions du présent article reflètent pour la plupart celles [des articles sur la faculté de formuler des réserves et de les retirer (art. 17) et le consentement aux réserves et ses effets (art. 18)] et n'appellent donc pas d'autres explications»³⁹³.

4) Suite au remaniement profond des projets d'articles concernant l'acceptation et l'objection initialement proposés par le Rapporteur spécial³⁹⁴, seul le projet d'article 18, paragraphe 5, présenté par le Comité de rédaction en 1962 contient des remarques sur la forme et la notification de l'objection³⁹⁵, disposition qui, selon l'avis de la Commission, «ne sembl[e] pas appeler de commentaire»³⁹⁶. Ce désintérêt subsiste en 1965 lors de la seconde lecture du projet. Certes, les objections trouvent leur place dans le nouveau projet d'article 20 entièrement consacré aux questions de procédure, mais le Rapporteur spécial ne juge toujours pas opportun de commenter plus en avant ces dispositions³⁹⁷.

5) La concordance entre les règles procédurales concernant la formulation, la notification et la communication des réserves, d'une part, et des objections, d'autre part, a été soulignée au cours des discussions au sein de la Commission et a finalement trouvé sa consécration dans l'article 23, paragraphe 1, de la Convention de Vienne de 1969 qui aligne la procédure de formulation des acceptations expresses et des objections sur celle des réserves. En 1965, M. Castrén a remarqué à juste titre que:

«Le paragraphe 5 [du projet d'article 20, qui, considérablement raccourci et simplifié, est à l'origine de l'article 23, par. 1] énonce exactement les mêmes règles

-
- ii) Est sans effet si le traité est en vigueur et que quatre années se sont déjà écoulées depuis le moment où le texte de celui-ci a été adopté

...»

(Premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 70 et 71).

³⁹³ Ibid., p. 78, par. 22 du commentaire.

³⁹⁴ La seule explication que l'on puisse trouver dans les travaux de la Commission à la fusion des projets d'articles initialement proposés par H. Waldock se trouve dans sa présentation du rapport du Comité de rédaction lors de la 663^e séance de la Commission. À cette occasion, le Rapporteur spécial a déclaré que «le nouvel article 18 englobe à la fois l'acceptation des réserves et l'objection aux réserves; les deux anciens articles 18 et 19 ont été fortement condensés et abrégés sans que rien d'essentiel ait été omis» (*Annuaire ... 1962*, vol. I, 663^e séance, par. 36).

³⁹⁵ *Annuaire ... 1962*, vol. I, 668^e séance, par. 30. Voir aussi le projet d'article 19, par. 5, adopté en première lecture, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 194.

³⁹⁶ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 199, par. 18 du commentaire.

³⁹⁷ Quatrième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/177, *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 56 et 57, par. 19.

de procédure pour les objections à une réserve que pour la présentation et la notification des réserves en vertu du paragraphe 1. Il serait donc préférable de fondre ces deux paragraphes ou de dire simplement au paragraphe 5 que les dispositions du paragraphe 1 s'appliquent aussi aux objections à une réserve.»³⁹⁸.

6) Il a donc semblé judicieux à la Commission de prendre simplement acte, dans le cadre du «Guide de la pratique», de ce parallélisme procédural entre la formulation des réserves et celle des objections. Il convient en particulier de noter que l'exigence d'un formalisme marqué qui résulte de ces similitudes entre la procédure de formulation des objections et celle des réserves est justifiée par les effets fort importants qu'une objection est susceptible de produire aussi bien sur la réserve et son application que sur l'entrée en vigueur et l'application du traité lui-même³⁹⁹.

7) C'est notamment le cas des règles applicables aux réserves en ce qui concerne l'autorité habilitée à les formuler au niveau international et les conséquences (ou plutôt l'absence de conséquences) de la violation des règles de droit interne lors de leur formulation, celles relatives à la notification et à la communication des réserves, ainsi que les fonctions exercées par le dépositaire en la matière. Elles paraissent pouvoir être transposées *mutatis mutandis* à la formulation des objections. Plutôt que reproduire les directives 2.1.3 (Formulation d'une réserve au plan international)⁴⁰⁰, 2.1.4 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives à la formulation des réserves)⁴⁰¹, 2.1.5 (Communication des réserves)⁴⁰², 2.1.6 (Procédure de communication des réserves)⁴⁰³ et 2.1.7 (Fonctions du dépositaire)⁴⁰⁴ en remplaçant purement et simplement «réserve» par «objection» dans le texte de ces directives,

³⁹⁸ *Annuaire ... 1965*, vol. I, 799^e séance, par. 53.

³⁹⁹ Voir les articles 20, par. 4 b), et 23, par. 3, des Conventions de Vienne.

⁴⁰⁰ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), p. 74 à 82.

⁴⁰¹ *Ibid.*, p. 82 à 87.

⁴⁰² *Ibid.*, p. 87 à 101.

⁴⁰³ Pour le texte et le commentaire de la directive 2.1.6, voir *supra*.

⁴⁰⁴ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10), p. 115 à 123.

la Commission a jugé judicieux de faire un renvoi global à ces projets⁴⁰⁵ qui s'appliquent *mutatis mutandis* aux objections.

2.6.10 Motivation

Une objection devrait autant que possible indiquer les motifs pour lesquels elle est faite.

Commentaire

1) Aucune des deux Conventions de Vienne ne contient de disposition obligeant les États à motiver leur objection à une réserve. Et, malgré le lien initialement établi entre l'objection, d'une part, et la conformité de la réserve avec l'objet et le but du traité, d'autre part, à aucun moment H. Waldock n'a envisagé une quelconque obligation de motivation d'une objection. Ceci est regrettable.

2) Certes, dans le cadre du régime de Vienne, la faculté d'objecter à une réserve est très large et un État ou une organisation internationale peut objecter à une réserve pour n'importe quelle raison et indépendamment de la question de la validité de la réserve: «No State can be bound by contractual obligations it does not consider suitable» [«Aucun État ne peut être lié par des obligations contractuelles qu'il ne juge pas appropriées»]⁴⁰⁶. Du reste, lors des discussions au sein de la Sixième Commission de l'Assemblée générale, plusieurs États ont indiqué que bien souvent les motivations d'un État pour formuler une objection sont purement politiques⁴⁰⁷. Lorsque tel est le cas, l'indication des motifs risque de mettre inutilement dans l'embarras l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection, sans rien apporter à l'auteur de l'objection ni aux autres États ou organisations internationales intéressés.

⁴⁰⁵ La Commission a procédé de la même manière dans les directives 1.5.2 (renvoi aux directives 1.2 et 1.2.1), 2.4.3 (renvoi aux directives 1.2.1, 2.4.6 et 2.4.7) et, plus clairement encore, 2.5.6 (renvoi aux directives 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7).

⁴⁰⁶ Christian Tomuschat, «Admissibility and Legal Effects of Reservations to Multilateral Treaties», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 27, 1967, p. 466.

⁴⁰⁷ Voir par exemple l'intervention du représentant des États-Unis à la Sixième Commission lors de la cinquante-huitième session: «La pratique montre que les États et organisations internationales élèvent des objections aux réserves pour diverses raisons de caractère politique plus que juridique et avec des intentions différentes» (A/C.6/58/SR.20, par. 9). Lors de la soixantième session, le représentant des Pays-Bas a également soutenu que «[d]ans le système actuel, l'aspect politique d'une objection, c'est-à-dire le point de vue exprimé par l'État qui l'a formulée sur l'opportunité d'une réserve, joue un rôle central et ses effets juridiques sont de plus en plus marginaux» (A/C.6/60/SR.14, par. 31; ou encore sur l'aspect politique d'une objection, Portugal, A/C.6/60/SR.16, par. 44). Voir aussi Cour interaméricaine des droits de l'homme, opinion individuelle du juge A. A. Cançado Trindade, *Caesar c. Trinidad et Tobago*, 11 mars 2005, Series C n° 123, par. 24.

3) Mais le problème se pose en des termes différents dans les cas où un État ou une organisation internationale objecte à une réserve parce qu'il la considère comme n'étant pas valide (quelle que soit la raison de cette position). Laissant de côté la question de savoir s'il pourrait exister une obligation juridique⁴⁰⁸ pour les États de faire des objections en réaction à des réserves contraires à l'objet et au but du traité, il n'en reste pas moins que, dans le régime «souple», l'objection joue concrètement un rôle capital dans la détermination de la validité d'une réserve. En l'absence d'un mécanisme de contrôle des réserves, il appartient en effet aux États et aux organisations internationales d'exprimer, par le biais des objections, leur point de vue, nécessairement subjectif, concernant la validité d'une réserve donnée⁴⁰⁹. Une telle fonction ne peut cependant être remplie que par les objections motivées par des considérations relatives à la non-validité de la réserve concernée. Ne fût-ce que pour cette raison, il paraît raisonnable d'indiquer autant que possible les motivations d'une objection. On voit mal pourquoi une objection faite pour des motifs purement politiques devrait être prise en compte pour l'évaluation de la conformité d'une réserve avec les exigences de l'article 19 des Conventions de Vienne.

4) De surcroît, l'indication des motifs d'une objection ne permet pas seulement à l'État ou à l'organisation internationale réservataire de connaître le point de vue des autres États et organisations intéressés sur la question de la validité de sa réserve mais, au même titre que la motivation de la réserve elle-même⁴¹⁰, elle fournit également un élément d'appréciation important aux organes de contrôle et de surveillance appelés à statuer sur la conformité de la réserve avec le traité. Ainsi, dans l'affaire *Loizidou*, la Cour européenne des droits de l'homme a trouvé une confirmation de ses conclusions concernant la réserve que la Turquie avait formulée au sujet de sa déclaration d'acceptation de la compétence de

⁴⁰⁸ Les Pays-Bas ont «estim[é] que les États parties, en tant que gardiens d'un traité donné, ont l'obligation morale, sinon juridique, de formuler une objection à une réserve qui n'est pas compatible avec l'objet et le but du traité» (A/C.6/60/SR.14, par. 29). Selon ce raisonnement, «une Partie est tenue de donner de bonne foi effet à ses engagements et cela lui interdirait d'accepter une réserve incompatible avec l'objet et le but du traité» (Françoise Hampson, Document de travail final sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2004/42), par. 24); M^{me} Hampson considère cependant qu'«il ne semble pas y avoir d'obligation générale de formuler une objection aux réserves incompatibles avec l'objet et le but du traité» (ibid., par. 30).

⁴⁰⁹ Certains régimes conventionnels vont même jusqu'à s'en remettre au nombre des objections afin de déterminer l'admissibilité d'une réserve. Voir par exemple l'article 20, paragraphe 2, de la Convention internationale sur l'élimination de toutes les formes de discrimination raciale de 1966 qui dispose: «Aucune réserve incompatible avec l'objet et le but de la présente Convention ne sera autorisée non plus qu'aucune réserve qui aurait pour effet de paralyser le fonctionnement de l'un quelconque des organes créés par la Convention. Une réserve sera considérée comme rentrant dans les catégories définies ci-dessus si les deux tiers au moins des États parties à la Convention élèvent des objections» (italiques ajoutées).

⁴¹⁰ Voir *supra*, la directive 2.1.9 et les paragraphes 4) à 6) du commentaire.

la Cour dans les déclarations et objections faites par les autres États parties à la Convention européenne des droits de l'homme⁴¹¹. De même, dans le document de travail qu'elle a soumis à la Sous-Commission de la promotion et de la protection des droits de l'homme en 2004, M^{me} Hampson, estime que «[p]our remplir son rôle, un organe conventionnel doit examiner, entre autres, la pratique des parties au traité en question en matière de réserves et d'objections»⁴¹². Le Comité des droits de l'homme lui-même, dans son Observation générale n° 24, qui, pourtant, manifeste une grande méfiance vis-à-vis de la pratique des États en matière d'objections et des conclusions que l'on peut en tirer pour apprécier la validité d'une réserve, considère qu'«une objection élevée par des États à une réserve peut donner au Comité un élément d'appréciation pour déterminer si la réserve est compatible avec l'objet et le but du Pacte»⁴¹³.

5) La pratique étatique montre d'ailleurs que les États indiquent souvent dans leurs objections non seulement qu'ils considèrent la réserve concernée comme contraire à l'objet et au but du traité, mais expliquent également, d'une façon plus ou moins détaillée, pourquoi et comment ils sont arrivés à cette conclusion. Et, lors de la soixantième session de l'Assemblée générale, le représentant de l'Italie à la Sixième Commission a estimé que la Commission devrait inciter les États à utiliser les formules de l'article 19 de la Convention de Vienne afin de clarifier leurs objections⁴¹⁴.

6) Compte tenu de ces considérations, et malgré l'absence d'une obligation de motivation des objections dans le régime de Vienne, la Commission a jugé utile d'inclure dans le Guide de la pratique la directive 2.6.10 incitant les États et les organisations internationales à développer et approfondir la pratique de la motivation. Il doit cependant rester clair qu'une telle disposition ne constitue qu'une recommandation, une directive d'orientation de la pratique étatique, et qu'elle ne codifie aucunement une règle de droit international établie.

⁴¹¹ *Loizidou c. Turquie, exceptions préliminaires, arrêt du 23 mars 1995, Recueil des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, série A*, vol. 310, p. 28 et 29, par. 81. Voir aussi l'intervention du représentant de la Suède à la Sixième Commission au nom des États nordiques, A/C.6/60/SR.14, par. 22.

⁴¹² Document de travail final sur les réserves aux traités relatifs aux droits de l'homme (E/CN.4/Sub.2/2004/42), par. 28; voir plus généralement les paragraphes 21 à 35 de cette étude.

⁴¹³ CCPR/C/21/Rev.1/Add.6, par. 17.

⁴¹⁴ A/C.6/60/SR.16, par. 20.

7) La directive 2.6.10 est rédigée suivant le modèle de la directive 2.1.9 concernant la motivation des réserves et, pas davantage que celle-ci, elle ne précise à quel moment la motivation d'une objection doit intervenir. Les mêmes causes produisant les mêmes effets⁴¹⁵, il paraît cependant souhaitable que, dans toute la mesure du possible, l'État ou l'organisation internationale objectant indiquent les raisons de leur opposition à la réserve dans l'instrument notifiant l'objection lui-même.

2.6.11 Non-exigence de la confirmation d'une objection faite avant la confirmation formelle de la réserve

Une objection faite à une réserve par un État ou une organisation internationale avant la confirmation de celle-ci conformément à la directive 2.2.1 n'a pas besoin d'être elle-même confirmée.

Commentaire

1) Alors que l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne exige la confirmation formelle d'une réserve lorsque l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve exprime son consentement à être lié par le traité⁴¹⁶, les objections n'ont pas besoin d'être confirmées. L'article 23, paragraphe 3, des Conventions de Vienne est ainsi conçu:

«Une acceptation expresse d'une réserve ou une objection faite à une réserve, si elles sont antérieures à la confirmation de cette dernière, n'ont pas besoin d'être elles-mêmes confirmées.».

La directive 2.6.11 ne fait que reprendre, en partie, les termes de cette disposition des Conventions de Vienne assortie des changements purement rédactionnels nécessaires pour en limiter la portée aux seules objections.

2) La disposition figurant à l'article 23, paragraphe 3, de la Convention de Vienne de 1969 n'est apparue qu'à un stade très tardif des travaux préparatoires de celle-ci. En effet, les premiers projets d'articles concernant la procédure applicable à la formulation des objections ne faisaient pas allusion aux cas où une objection serait faite à une réserve qui n'aurait pas encore été formellement confirmée. Ce n'est qu'en 1966 que l'inutilité de la confirmation d'une objection a fait son apparition, dans le paragraphe 3 du projet d'article

⁴¹⁵ Voir *supra*, le paragraphe 8) du commentaire de la directive 2.1.9.

⁴¹⁶ Voir également la directive 2.2.1 (Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature du traité) et le commentaire de cette directive, *Assemblée générale, Documents officiels, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*, par. 157.

20 adopté en seconde lecture cette année-là⁴¹⁷, sans aucune explication ni illustration; mais elle y était présentée comme relevant de la *lex ferenda*⁴¹⁸.

3) Il s'agit d'une règle de bon sens: la formulation de la réserve intéresse l'ensemble des États et organisations internationales contractants ou ayant droit de le devenir; les acceptations et objections concernent avant tout les rapports bilatéraux entre l'auteur de la réserve et chacun des États ou organisations ayant fait des acceptations ou des objections. La réserve est une «offre» adressée à l'ensemble des contractants, qu'ils peuvent accepter ou refuser; c'est l'État ou l'organisation réservataire qui met en question l'intégrité du traité et qui prend le risque de le décomposer en une série de rapports bilatéraux. En revanche, que l'acceptation ou l'objection soit faite avant ou après la confirmation de la réserve n'a pas d'importance: ce qui importe est que l'État ou l'organisation réservataire soit prévenu des intentions de ses partenaires⁴¹⁹; il l'est dès lors que ceux-ci ont respecté les règles de publicité fixées au paragraphe 1 de l'article 23.

4) La pratique étatique en matière de confirmation des objections est clairsemée et incertaine: tantôt, les États confirment leurs objections antérieures après que l'État réservataire a lui-même confirmé sa réserve, tantôt ils s'en abstiennent⁴²⁰. Bien que cette seconde attitude semble la plus fréquente, l'existence de telles confirmations n'infirme pas la positivité de la règle posée à l'article 23, paragraphe 3: il s'agit de mesures de précaution dont rien n'indique qu'elles soient dictées par le sentiment d'une obligation juridique (*opinio juris*). Certains membres de la Commission considèrent cependant qu'une telle confirmation s'impose dans les cas où un laps de temps important s'est écoulé entre la formulation de la réserve et de l'objection et la confirmation formelle de la réserve.

⁴¹⁷ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 227.

⁴¹⁸ «[L]a Commission n'a pas estimé qu'il soit nécessaire de réitérer, après confirmation d'une réserve, une objection faite à cette réserve avant la confirmation» (ibid., par. 5 du commentaire).

⁴¹⁹ Dans son avis consultatif du 28 mai 1951, *Réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide*, la Cour internationale de Justice a présenté une objection faite par un État non contractant comme un «avertissement» adressé à l'auteur de la réserve (*C.I.J. Recueil 1951*, p. 29).

⁴²⁰ Ainsi, par exemple, l'Australie et l'Équateur n'ont pas confirmé leurs objections aux réserves formulées au moment de la signature de la Convention sur le génocide de 1948 par la Biélorussie, la Tchécoslovaquie, l'Ukraine et l'URSS lorsque ces États ont ratifié la même Convention en confirmant leurs réserves (*Traité multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, État au 31 décembre 2006* (ST/LEG/SER.E/25), vol. I, p. 133 et 134 (chap. IV, 1)). De même, l'Irlande et le Portugal n'ont pas confirmé les objections qu'ils avaient faites à la réserve formulée par la Turquie lors de la signature de la Convention relative aux droits de l'enfant de 1989 lorsque ce pays a confirmé sa réserve dans son instrument de ratification (ibid., p. 350 à 352 (chap. IV, 11)).

5) Selon l'avis d'une minorité de membres qui refusent de voir de véritables objections dans les déclarations faites par des États ou des organisations internationales non contractants⁴²¹, de telles déclarations devraient, dans tous les cas, être confirmées. Ces positions n'ont pas été retenues par la Commission qui considère qu'il n'y a pas lieu de faire une telle distinction⁴²².

2.6.12 Exigence de la confirmation d'une objection formulée avant l'expression du consentement à être lié par le traité

Une objection formulée avant l'expression du consentement à être lié par le traité n'a pas besoin d'être confirmée formellement par l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur au moment où il exprime son consentement à être lié si cet État ou cette organisation était signataire du traité au moment où il a formulé l'objection; elle doit être confirmée s'il n'avait pas signé le traité.

Commentaire

1) L'article 23, paragraphe 3, des Conventions de Vienne ne répond pas à la question de savoir si l'objection d'un État ou d'une organisation internationale qui, au moment où il l'a formulée, n'avait pas encore exprimé son consentement à être lié par le traité, doit être ultérieurement confirmée pour produire les effets prévus. Bien que H. Waldock n'ait pas négligé l'hypothèse dans laquelle une objection serait formulée par des États signataires ou des États ayant seulement qualité pour devenir parties au traité⁴²³, la question de la confirmation ultérieure d'une telle objection n'a jamais été posée⁴²⁴. Une proposition faite en ce sens par la Pologne lors de la Conférence de Vienne⁴²⁵ n'a pas été examinée. La Convention comporte donc une lacune à cet égard que la Commission s'est efforcée de combler.

⁴²¹ Voir ci-dessus le paragraphe 3) du commentaire de la directive 2.6.5.

⁴²² Voir ci-dessus les paragraphes 4) et 5) du commentaire de la directive 2.6.5.

⁴²³ Voir notamment le paragraphe 3 b) du projet d'article 19 proposé par H. Waldock dans son Premier rapport sur le droit des traités (*Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 71) ou encore le paragraphe 6 du projet d'article 20 proposé dans son Quatrième rapport (*Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 58).

⁴²⁴ Sauf, peut-être, dans une simple affirmation, faite en passant, par M. Tounkine, *Annuaire ... 1965*, vol. I, 799^e séance, par. 38: «Manifestement, la pratique moderne veut qu'une réserve ne soit valable que si elle est formulée ou confirmée au moment où est établi le consentement définitif à être lié, et c'est ce qui était présumé dans le projet de 1962. Il en est de même des objections aux réserves. Cette question est partiellement traitée au paragraphe 6 du nouveau texte de l'article 20 proposé par le Rapporteur spécial.».

⁴²⁵ Document miméographié A/CONF.39/6/Add.1, p. 19. Le Gouvernement polonais a suggéré de rédiger le paragraphe 2 de l'article 18 (qui est devenu l'article 23) comme suit: «Une réserve formulée lors de l'adoption du texte ou lors de la signature du traité sous réserve de ratification, d'acceptation ou d'approbation et toute objection qui peut y être faite doivent être confirmées formellement par l'État auteur de la réserve et l'État qui a formulé l'objection, au moment où ils expriment leur consentement à être liés par le traité. En pareil cas, la réserve et l'objection seront réputées avoir été faites à la date à laquelle elles ont été confirmées.».

2) La pratique étatique en la matière est quasiment inexistante. Un des rares exemples est constitué par les objections formulées par les États-Unis à propos de plusieurs réserves à la Convention de Vienne de 1969 elle-même⁴²⁶. L'objection formulée à l'encontre de la réserve syrienne précise en effet que cet État – qui à ce jour n'a toujours pas exprimé son consentement à être lié par la Convention – a

«l'intention, au moment où il pourra devenir partie à la Convention de Vienne sur le droit des traités, *de réaffirmer son objection* à ladite réserve et de rejeter toutes relations conventionnelles avec la République arabe syrienne découlant de toutes les dispositions de la partie V de la Convention à l'égard desquelles la République arabe syrienne a rejeté les procédures de conciliation obligatoire prévues dans l'annexe de la Convention»⁴²⁷.

Curieusement, la deuxième objection américaine formulée à l'encontre de la réserve tunisienne ne contient cependant pas une telle précision.

3) Dans son avis consultatif de 1951, la Cour internationale de Justice semble également estimer que la confirmation formelle d'une objection faite par un État non partie n'est pas nécessaire. Elle a considéré que:

«En attendant la ratification, le statut provisoire créé par la signature confère aux signataires qualité pour formuler au titre conservatoire des objections ayant elles-mêmes un caractère provisoire. Celles-ci tomberaient si la signature n'était pas suivie de ratification *ou elles deviendraient définitives avec la ratification*.

[...] L'État qui a fait la réserve aurait été averti que, dès que les exigences d'ordre constitutionnel ou autre qui ont pu motiver le retard de la ratification auraient été satisfaites, il serait en présence d'une objection valable qui doit sortir son plein effet juridique.»⁴²⁸.

⁴²⁶ Il s'agit des réserves formulées par la République arabe syrienne (point E) et par la Tunisie (*Traités multilatéraux*, ... (ST/LEG/SER.E/25), vol. II, p. 420 (chap. XXIII, 1)).

⁴²⁷ Ibid., p. 421 (italiques ajoutées).

⁴²⁸ C.I.J. *Recueil* 1951, p. 28 et 29; italiques ajoutées.

Ce faisant, la Cour paraît admettre l'automaticité de l'effectivité de l'objection du seul fait de la ratification, sans qu'une confirmation soit nécessaire⁴²⁹. Il reste qu'elle n'a pas pris position formellement sur ce point et que le débat reste ouvert.

4) On peut cependant déduire de l'absence dans le texte des Conventions de Vienne de l'exigence de la confirmation d'une objection faite par un État ou une organisation internationale avant la ratification ou l'approbation l'idée qu'une telle confirmation n'était considérée comme nécessaire ni par les membres de la Commission ni par les délégués à la Conférence de Vienne⁴³⁰. Le fait que l'amendement polonais⁴³¹, qui visait justement à aligner l'objection sur le cas de la réserve à cet égard, n'a pas été adopté confirme d'ailleurs ce point de vue. Ces considérations sont plus concluantes encore si l'on garde à l'esprit que l'exigence de confirmation formelle pour les réserves faites lors de la signature du traité, aujourd'hui fermement ancrée dans l'article 23, paragraphe 2, des Conventions de Vienne, relevait, lors de son adoption par la Commission, davantage du développement progressif que de la codification *stricto sensu*⁴³². La déconnexion sur ce point des règles procédurales imposées pour la formulation des réserves d'une part et des objections d'autre part ne saurait donc s'expliquer par un simple oubli, mais doit, raisonnablement, être considérée comme ayant été délibérée.

5) La non-exigence de confirmation formelle d'une objection faite par un État ou une organisation internationale avant l'expression de son consentement à être lié par le traité trouve également d'autres justifications. Une réserve formulée avant que l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur devienne Partie contractante au traité n'est susceptible de produire aucun effet juridique, elle reste lettre morte jusqu'au moment où le consentement de l'État à être lié par le traité est effectivement donné. L'exigence de confirmation formelle de la réserve se justifie dans ce cas surtout par le fait que la réserve, une fois acceptée, module ce consentement. Les choses se présentent différemment en ce qui concerne les objections. En effet, bien que l'objection ne produise également les effets

⁴²⁹ En ce sens: F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Institut, La Haye, 1988, p. 137.

⁴³⁰ Ibid.

⁴³¹ Note 425 *supra*.

⁴³² Voir le Premier rapport de H. Waldock, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 75, par. 11) du commentaire du projet d'article 17; D. W. Greig, «Reservations: Equity as a Balancing Factor?», *Australian Yearbook of International Law*, vol. 16 (1995), p. 28; F. Horn, note 429 *supra*, p. 41. Voir également le commentaire de la directive 2.2.1 (Confirmation formelle des réserves formulées lors de la signature du traité), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10* (A/56/10), p. 502 et 503, par. 8) du commentaire.

prévus par les articles 20, paragraphe 4, et 21, paragraphe 3, de la Convention de Vienne qu'une fois que l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection est devenu un «contractant», elle n'est pas dépourvue d'intérêt avant même cette occurrence. Elle constitue l'expression du point de vue de son auteur sur la question de la validité ou de l'admissibilité de la réserve et, à ce titre, pourra être prise en considération par les organes ayant compétence pour apprécier la validité des réserves⁴³³. De surcroît, et sur ce point, l'avis consultatif de la Cour internationale de Justice de 1951 reste valable, l'objection constitue un avertissement pour l'État réservataire concernant l'attitude de l'État auteur de l'objection vis-à-vis de la réserve. Comme la Cour l'a relevé:

«L'intérêt juridique que poursuit l'État signataire en faisant objection à la réserve serait ainsi amplement sauvegardé. L'État qui a fait la réserve aurait été averti que, dès que les exigences d'ordre constitutionnel ou autre qui ont pu motiver le retard de la ratification auraient été satisfaites, il serait en présence d'une objection valable qui doit sortir son plein effet juridique, et il aurait en conséquence à examiner, dès l'énoncé de l'objection, le maintien ou le retrait de la réserve.»⁴³⁴.

Une telle objection formulée avant l'expression du consentement d'être lié par le traité incite donc l'État réservataire à repenser sa réserve, à la modifier ou à la retirer de la même façon qu'une objection faite par un État contractant. Cet avertissement deviendrait cependant une simple éventualité si l'on exigeait de la part de l'État auteur de l'objection de la confirmer lors de l'expression de son consentement à être lié par le traité. L'exigence d'une confirmation formelle supplémentaire enlèverait donc, de l'avis de la Commission, une bonne partie de l'intérêt qu'il y a à ce que les États et organisations internationales qui ne sont pas encore Parties contractantes au traité puissent faire des objections.

6) Il ne résulte d'ailleurs de la non-confirmation de l'objection dans une telle situation aucun problème de sécurité juridique. En effet, les objections formulées par un État signataire ou par un État ayant droit de devenir partie au traité doivent, comme toute notification ou communication relative au traité⁴³⁵, être faites par écrit et communiquées et notifiées, au même titre qu'une objection émanant d'une partie. De plus, contrairement à une réserve, une objection ne modifie les relations conventionnelles que dans la relation

⁴³³ Voir *supra*, le paragraphe 4) du commentaire de la directive 2.6.10.

⁴³⁴ *C.I.J. Recueil 1951*, p. 29.

⁴³⁵ Voir l'article 78 de la Convention de Vienne de 1969 et l'article 79 de celle de 1986.

bilatérale entre l'État réservataire – qui en a été averti – et l'État auteur de l'objection. Les droits et obligations assumés par l'État auteur de l'objection vis-à-vis des autres États parties au traité ne sont aucunement concernés.

7) Pour convaincantes que puissent sembler ces considérations, la Commission a cependant jugé nécessaire de distinguer deux cas de figure: les objections formulées par des États ou organisations internationales signataires, d'une part, et les objections formulées par des États ou organisations internationales qui n'avaient pas encore signé le traité au moment où l'objection a été formulée, d'autre part. En effet, du fait de la signature du traité, la première catégorie d'États et d'organisations internationales dispose d'un statut juridique vis-à-vis de l'instrument en question⁴³⁶, les autres se présentent comme des tiers. Bien que ces tiers puissent formuler une objection à une réserve⁴³⁷, la Commission estime que la confirmation formelle de ces objections serait opportune au moment où l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection signe le traité ou exprime son consentement définitif à être lié par lui. Ceci paraît d'autant plus nécessaire qu'un laps de temps important peut s'écouler entre la formulation d'une objection par un État ou une organisation internationale qui n'avait pas signé le traité lorsqu'il a formulé cette objection et le moment où celle-ci produit ses effets.

8) Les Conventions de Vienne ne définissent pas l'expression «signataire du traité» qui a été retenue par la Commission dans la directive 2.6.12. Il découle cependant de l'article 18 a) des Conventions de Vienne qu'il s'agit des États et organisations internationales qui ont «signé le traité ou [ont] échangé les instruments constituant le traité sous réserve de ratification, d'un acte de confirmation formelle, d'acceptation ou d'approbation, tant que ce[s] État[s] ou ce[s] organisation[s] n'[ont] pas manifesté [leur] intention de ne pas devenir partie[s] au traité».

2.6.13 Délai de formulation d'une objection

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale peut formuler une objection à une réserve soit jusqu'à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification, soit jusqu'à la date à laquelle cet État ou cette organisation internationale a exprimé son consentement à être lié par le traité, si celle-ci est postérieure.

⁴³⁶ Voir notamment l'article 18 a) des Conventions de Vienne.

⁴³⁷ Voir *supra*, la directive 2.6.5.

Commentaire

1) La question de savoir à quel moment, ou jusqu'à quel moment, un État ou une organisation internationale peut faire une objection trouve une réponse partielle et indirecte dans l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne. Dans sa rédaction de 1986, cette disposition prévoit:

«Aux fins des paragraphes 2 et 4⁴³⁸ et à moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification, soit à la date à laquelle ils ont exprimé leur consentement à être liés par le traité, si celle-ci est postérieure.».

2) La directive 2.6.13 isole les éléments de cette disposition qui portent plus particulièrement sur le délai dans lequel une objection peut être formulée⁴³⁹. Comme elle, elle distingue deux cas de figure.

3) Le premier vise les États et organisations internationales qui sont, au moment de la notification de la réserve, des États ou organisations internationales contractants. Ils disposent d'un délai de douze mois afin de faire une objection à une réserve, délai qui court à partir de la réception de la notification de la réserve par les États et organisations internationales intéressés conformément à la directive 2.1.6.

4) Le délai de douze mois consacré par l'article 20, paragraphe 5, résulte d'une initiative de H. Waldock, qui l'a justifié avec soin. En le proposant, il ne s'en écartait pas moins de la pratique étatique – très peu homogène – de l'époque. Le Rapporteur spécial qui avait repéré dans la pratique conventionnelle des délais de quatre-vingt-dix jours et de

⁴³⁸ Le paragraphe 2 est relatif aux réserves aux traités à participation restreinte; le paragraphe 4 établit les effets de l'acceptation des réserves et des objections dans tous les cas autres que ceux des réserves expressément autorisées par le traité, s'agissant des traités à participation restreinte et des actes constitutifs d'organisations internationales.

⁴³⁹ La Commission est consciente qu'en stricte logique il eût été plus convenable de dire qu'il s'agit du délai dans lequel l'objection peut être «faite». Toutefois, elle a préféré rester fidèle à la lettre de l'article 20, par. 5, des Conventions de Vienne.

six mois⁴⁴⁰, préféra cependant suivre la proposition du Conseil interaméricain de juristes⁴⁴¹. Il notait à cet égard:

«Il y a, selon nous, de bonnes raisons de proposer l'adoption de ce plus long délai. Tout d'abord convenir d'un délai bref aux fins d'un traité particulier dont on connaît la teneur est une chose, et faire de ce délai une règle générale applicable à tout traité muet sur ce point en est une autre, assez différente. Il sera donc peut-être plus facile aux États d'accepter une règle générale fixant un délai maximum pour présenter des objections, si le délai proposé est plus long.»⁴⁴².

5) Ce délai de douze mois dans lequel une objection doit être formulée pour renverser la présomption d'acceptation prévu par l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne n'apparaissait cependant pas comme une règle coutumière bien établie lors de la Conférence de Vienne; cependant, il constitue le délai «le plus acceptable»⁴⁴³. F. Horn a remarqué à cet égard que:

«A too long period could not be admitted, because this would result in a protracted period of uncertainty as to the legal relations between the reserving State and the confronted parties. Nor should the period be too short. That again would not leave enough time for the confronted States to undertake the necessary analysis of the possible effects a reservation may have for them.»⁴⁴⁴.

(Une période trop longue ne peut pas être acceptée car il en résulterait une période prolongée d'incertitude quant aux relations juridiques entre l'État réservataire et l'autre partie. Cette période ne devrait pas non plus être trop courte. Ceci ne laisserait pas suffisamment de temps aux États intéressés pour procéder à l'étude nécessaire des effets possibles que la réserve produirait pour eux).

6) Au demeurant, ce délai – qui relevait clairement du développement progressif du droit international lors de l'adoption de la Convention de Vienne – ne s'est jamais imposé

⁴⁴⁰ Premier rapport, A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 76, par. 14.

⁴⁴¹ Ibid., par. 16.

⁴⁴² Ibid.

⁴⁴³ P.-H. Imbert, *Les réserves aux traités multilatéraux*, Paris, Pedone, 1979, p. 107. D. W. Greig considère que le délai de douze mois prévu par l'article 20, par. 5, de la Convention de Vienne constitue au moins «a guide to what is reasonable» (une indication de ce qui est raisonnable) (*supra*, note 432, p. 128).

⁴⁴⁴ F. Horn (*supra*, note 429), p. 126.

complètement en tant que règle coutumière applicable en l'absence de texte⁴⁴⁵. Longtemps, la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire est demeurée difficilement conciliable avec les dispositions de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne⁴⁴⁶. En effet, dans les cas où le traité garde le silence sur la question des réserves, le Secrétaire général considérait traditionnellement que l'État réservataire devenait État contractant si aucune objection à une réserve dûment notifiée n'avait été reçue dans un délai de quatre-vingt-dix jours⁴⁴⁷. Mais, ayant jugé que cette pratique retardait l'entrée en vigueur des traités et leur enregistrement⁴⁴⁸, le Secrétaire général a abandonné cette pratique et considère désormais tout État ayant formulé une réserve comme État contractant dès la date d'effet de l'instrument de ratification ou d'adhésion⁴⁴⁹. Afin de justifier cette position, le Secrétaire général fait valoir qu'il est irréaliste de penser que les conditions posées à l'article 20, paragraphe 4 b), puissent jamais être remplies: pour empêcher l'entrée en vigueur du traité pour l'État réservataire, il faudrait que toutes les Parties contractantes aient objecté à la réserve. Les critiques du Secrétaire général portent donc moins sur la présomption du paragraphe 5 qu'elles ne sont inspirées par l'irréalisme des trois alinéas du paragraphe 4. En 2000, le Conseiller juridique des Nations Unies s'est d'ailleurs déclaré favorable au délai de douze mois prescrit par le paragraphe 5, qui est désormais applicable au cas de l'acceptation, nécessairement unanime, des réserves tardives⁴⁵⁰. La pratique étatique montre en outre que les États

⁴⁴⁵ Voir D. Müller, Commentaire de l'article 20 (1969), in Olivier Corten et Pierre Klein (dirs.), *Les Conventions de Vienne sur le droit des traités: Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 808, par. 16. Voir aussi Giorgio Gaja, «Unruly Treaty Reservations», dans *Le droit international à l'heure de sa codification: Études en l'honneur de Roberto Ago*, A. Giuffrè, Milan, 1987, p. 324; D. W. Greig, (*supra*, note 432) p. 127 et suiv.; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, 2000, p. 127.

⁴⁴⁶ P.-H. Imbert, «À l'occasion de l'entrée en vigueur de la Convention de Vienne sur le droit des traités: Réflexions sur la pratique suivie par le Secrétaire général des Nations Unies dans l'exercice de ses fonctions de dépositaire», *Annuaire français de droit international*, vol. XXVI, 1980, p. 524 à 541; G. Gaja, (*supra*, note 445), p. 323 et 324; R. Riquelme Cortado, *Las reservas a los tratados: Lagunas y ambigüedades del régimen de Viena*, Universidad de Murcia, 2004, p. 245 à 250; D. Müller, (*supra*, note 445) p. 821 et 822, par. 48.

⁴⁴⁷ *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/8), New York, 1997, p. 55, par. 185.

⁴⁴⁸ La pratique du délai de quatre-vingt-dix jours continuait cependant d'être appliquée en ce qui concerne l'acceptation des réserves tardives pour lesquelles une acceptation unanime des États contractants est généralement requise (*ibid.*, p. 62, par. 205 et 206).

⁴⁴⁹ *Ibid.*, p. 55 et 56, par. 184 à 187.

⁴⁵⁰ Note du Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies aux représentants permanents des États Membres, 4 avril 2000. Voir les paragraphes 8) et 9) du commentaire de la directive 2.3.2, *Annuaire ... 2001*, vol. II, deuxième partie, p. 204. La pratique au sein du Conseil de l'Europe consiste cependant, en ce qui concerne l'acceptation des réserves tardives, à laisser aux États contractants une

formulent des objections bien que le délai de douze mois prescrit par l'article 20, paragraphe 5, soit écoulé. Quelles que puissent être les incertitudes sur la «positivité» de la règle au regard du droit international général, elle est retenue par les Conventions de Vienne et il y aurait sans aucun doute plus d'inconvénients que d'avantages à la modifier aux fins du Guide de la pratique: selon la pratique adoptée par la Commission dans le cadre des travaux sur les réserves, il devrait y avoir une raison déterminante pour se départir de la formulation des dispositions des Conventions sur le droit des traités; une telle raison n'existe assurément pas en l'espèce.

7) Pour la même raison, bien que l'expression «à moins que le traité n'en dispose autrement» aille de soi puisque les règles pertinentes énoncées dans les Conventions de Vienne ont un caractère supplétif de volonté et ne trouvent à s'appliquer qu'en l'absence de dispositions conventionnelles contraires, la Commission a jugé bon de la maintenir dans la directive 2.6.13. L'étude des travaux préparatoires de l'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne de 1969 permet du reste de comprendre pourquoi cette mention a été insérée, ce qui en justifie le maintien. En effet, l'inclusion de cette précision («à moins que le traité n'en dispose autrement») a été faite suite à un amendement proposé par les États-Unis⁴⁵¹. Le représentant américain à la Conférence a précisé que celui-ci était motivé par le fait que:

«Le texte de la Commission semble interdire aux États qui participent aux négociations de prévoir dans le traité un délai inférieur ou supérieur à douze mois.»⁴⁵².

L'amendement américain ne visait donc pas spécifiquement le délai de douze mois fixé par la Commission mais entendait seulement bien marquer qu'il ne s'agit que d'une règle supplétive de volonté qui n'empêche en aucune manière les négociateurs des traités de fixer un délai différent⁴⁵³.

période de seulement neuf mois pour formuler une objection (Jörg Polakiewicz, *Treaty Making in the Council of Europe*, Les Éditions du Conseil de l'Europe, 1999, p. 102).

⁴⁵¹ A/CONF.39/C.1/L.127, *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 147.

⁴⁵² *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première session, Vienne, 26 mars-24 mai 1968, Comptes rendus analytiques* (A/CONF.39/11), 21^e séance, 10 avril 1968, p. 118, par. 12.

⁴⁵³ José María Ruda soutient que l'amendement américain souligne le «caractère résiduel de l'article 20, par. 5» («Reservations to Treaties», *Recueil des Cours* ... tome 146 (1975-III), p. 185).

8) Le deuxième cas de figure envisagé par la directive 2.6.13 vise les États et les organisations internationales qui ne deviennent «contractants» qu'après l'expiration du délai de douze mois suivant la date à laquelle ils en ont reçu notification. Dans ce cas, les États et organisations internationales concernés peuvent faire une objection jusqu'au jour où ils expriment leur consentement à être lié par le traité, ce qui, bien sûr, ne les empêche aucunement de le faire avant cette date.

9) Cette solution consistant à faire une distinction entre les États contractants et ceux qui n'ont pas encore acquis ce statut par rapport au traité figurait dans les propositions de J. L. Brierly, mais n'avait été reprise ni par H. Lauterpacht ni par G. G. Fitzmaurice et n'avait pas non plus été retenue par la CDI dans les articles adoptés en première lecture en 1962⁴⁵⁴, quoique H. Waldock l'eût proposée dans le projet d'article 18 présenté dans son rapport de 1962⁴⁵⁵. Elle a été finalement réintroduite lors de l'examen en deuxième lecture afin de prendre en compte des critiques du Gouvernement australien qui s'inquiétait des difficultés pratiques que l'application du principe de l'acceptation tacite proprement dite pourrait engendrer⁴⁵⁶.

10) Cette solution ne place cependant aucunement les États et les organisations internationales qui ne sont pas parties contractantes lors de la notification de la réserve dans une situation d'inégalité par rapport aux parties contractantes. Tout au contraire, il ne faut en effet pas oublier qu'en vertu de l'article 23, paragraphe 1, toute réserve formulée ne doit pas seulement être notifiée aux parties contractantes, mais également aux autres États et organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité⁴⁵⁷. Les États et organisations internationales «ayant qualité pour devenir parties au traité» disposent donc de toutes les informations nécessaires concernant les réserves à un traité donné et bénéficient d'un délai de réflexion au moins égal⁴⁵⁸ à celui accordé aux parties contractantes (douze mois).

⁴⁵⁴ Le projet d'article 19, par. 3, présenté dans le rapport de la Commission à l'Assemblée générale, ne concernait en effet que l'acceptation tacite proprement dite. Voir *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 194.

⁴⁵⁵ A/CN.4/144, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 69 et 70.

⁴⁵⁶ Quatrième rapport (A/CN.4/177), *Annuaire ... 1965*, vol. II, p. 47 et p. 56 et 57, par. 17.

⁴⁵⁷ Voir également la directive 2.1.5, al. 1.

⁴⁵⁸ Le projet d'article 18, par. 3 b), dans le Premier rapport de H. Waldock, formulait la même règle en tant qu'exception au respect du délai de douze mois, en précisant qu'un État qui n'était pas partie au traité, «n'est pas réputé avoir consenti à la réserve s'il fait par la suite [c'est-à-dire après l'expiration du délai de douze mois] objection à la réserve au moment où il accomplit l'acte ou les actes nécessaires pour pouvoir prétendre à devenir partie au traité» (*Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 70).

2.6.14 Objections conditionnelles

Une objection à une réserve spécifiée potentielle ou future ne produit pas les effets juridiques d'une objection.

Commentaire

1) La directive 2.6.13 ne répond qu'imparfaitement à la question de savoir à partir de quel moment une objection à une réserve peut être formulée. Sans doute y est-il précisé que le délai dans lequel l'objection peut être formulée court à partir du moment où la réserve est notifiée à l'État ou à l'organisation internationale qui entend faire l'objection conformément à la directive 2.1.6, ce qui implique qu'à partir de ce moment il est possible d'y faire objection. Mais il n'en résulte pas nécessairement qu'elle ne peut être formulée plus tôt. De même, la définition des objections adoptée par la Commission dans la directive 2.6.1 précise qu'un État ou une organisation internationale peut faire une objection «*en réaction à une réserve à un traité formulée* par un autre État ou une autre organisation internationale»⁴⁵⁹, ce qui semble suggérer qu'une objection ne peut être faite par un État ou une organisation internationale qu'une fois une réserve *formulée*. A priori, cela paraît logique mais, de l'avis de la Commission, cette conclusion est hâtive.

2) La pratique étatique montre en effet que les États font également des objections à des fins «préventives». Le Chili a par exemple formulé une objection à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 libellée ainsi:

«La République du Chili formule une objection aux réserves qui ont été faites ou qui pourraient l'être à l'avenir en ce qui concerne le paragraphe 2 de l'article 62 de la Convention.»⁴⁶⁰.

Dans le même esprit, le Japon a fait l'objection suivante:

«Le Gouvernement japonais a des objections quant à toute réserve qui vise à exclure l'application, en totalité ou en partie, des dispositions de l'article 66 et de l'annexe, concernant les procédures obligatoires de règlement des différends, et il considère que le Japon n'a pas de relations conventionnelles avec un État qui a formulé ou qui a l'intention de formuler une telle réserve en ce qui concerne les

⁴⁵⁹ Italiques ajoutées.

⁴⁶⁰ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, ...* (ST/LEG/SER.E/25), vol. II, p. 421 (chap. XXIII, 1).

dispositions de la partie V de la Convention, auxquelles les procédures obligatoires susmentionnées ne s'appliqueraient pas du fait de ladite réserve.»⁴⁶¹.

Le Gouvernement japonais a cependant, dans la deuxième partie de l'objection, précisé que les effets de cette objection devraient se produire vis-à-vis la République arabe syrienne et la Tunisie. Plus tard, il a réitéré sa déclaration pour préciser que les mêmes effets devraient se produire vis-à-vis de la République démocratique allemande et l'Union des Républiques socialistes soviétiques qui avaient formulé des réserves comparables à celles de la République arabe syrienne et de la Tunisie⁴⁶². D'autres États, pour leur part, ont fait de nouvelles objections en réaction à chaque réserve aux mêmes dispositions nouvellement formulée par un autre État partie⁴⁶³.

3) L'objection japonaise aux réserves formulées par le Gouvernement de Bahreïn et celle de Qatar à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961 précise également que non seulement les deux réserves directement concernées sont considérées comme non valides, mais que «cette position [du Japon] vaut également pour toutes réserves que d'autres pays pourraient faire à l'avenir à la même fin»⁴⁶⁴.

4) L'objection de la Grèce aux réserves à la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide rentre également dans la catégorie des objections anticipées. Elle dispose:

«Nous déclarons, en plus, que nous n'avons pas accepté et n'acceptons aucune des réserves déjà formulées ou qui pourraient être formulées par les pays signataires de cet instrument ou par ceux ayant adhéré ou devant adhérer à celui-ci.»⁴⁶⁵.

Une objection générale a été également faite par les Pays-Bas concernant les réserves à l'article IX de la même Convention. Bien que l'objection énumère les États qui avaient déjà formulé une telle réserve, elle conclut: «le Gouvernement du Royaume des Pays-Bas considère comme n'étant pas partie à la Convention tout État qui a ou *aura* formulé de

⁴⁶¹ Ibid., p. 422.

⁴⁶² Ibid.

⁴⁶³ Voir par exemple les déclarations et objections de l'Allemagne, des États-Unis, de la Nouvelle-Zélande, des Pays-Bas et du Royaume-Uni aux réserves comparables de plusieurs États à la Convention de Vienne de 1969 (ibid., p. 420 à 424).

⁴⁶⁴ Ibid., vol. I, p. 100 (chap. III, 3).

⁴⁶⁵ Ibid., p. 134 (chap. IV, 1). Malgré cette objection générale, la Grèce a fait deux nouvelles objections à l'égard de la réserve des États-Unis (ibid.).

telles réserves». Cette objection a été cependant réitérée en 1996 pour les réserves faites par la Malaisie et Singapour et, à la même occasion, retirée dans les relations avec la Hongrie, la Bulgarie et la Mongolie qui avaient, pour leur part, retiré leurs réserves⁴⁶⁶.

5) La pratique étatique est donc loin d'être uniforme à cet égard. De l'avis de la Commission, rien ne s'oppose cependant à ce qu'un État ou une organisation internationale formule des objections à des fins préventives, avant même qu'une réserve soit formulée ou, à la suite de la formulation d'une réserve, en indiquant qu'il s'oppose par avance à toute réserve identique ou similaire.

6) De telles objections ne produisent évidemment pas les effets prévus par les articles 20, paragraphe 4, et 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne aussi longtemps qu'une réserve correspondante n'a pas été formulée par un autre État contractant ou une autre organisation contractante. Cette situation n'est pas tellement différente de celle d'une réserve formulée par un État ou une organisation internationale signataire mais non encore partie, qui a fait l'objet d'une objection de la part d'un autre État ou organisation; une telle objection ne déploie ses effets qu'une fois que l'État réservataire a exprimé son consentement définitif à être lié par le traité⁴⁶⁷. De même une objection formulée à titre préventif ne produit aucun effet juridique aussi longtemps qu'une réserve correspondant à ses prévisions n'a pas été formulée; elle n'en constitue pas moins un avertissement de la part de son auteur, selon lequel il n'acceptera pas certaines réserves. Comme l'a souligné la Cour internationale de Justice, un tel avertissement, d'une part, sauvegarde les droits de l'État auteur de l'objection et, d'autre part, avise les autres États qui ont l'intention de formuler une réserve correspondante que celle-ci fera l'objet d'une objection⁴⁶⁸.

7) La Commission a décidé de dénommer cette catégorie d'objections «objections conditionnelles». Elles sont en effet formulées sous condition qu'une réserve correspondante soit effectivement formulée par un autre État ou une autre organisation internationale. Avant la réalisation de cette condition, l'objection reste ineffective et ne produit pas les effets juridiques d'une objection «classique».

⁴⁶⁶ Ibid., p. 135.

⁴⁶⁷ Voir à ce sujet *supra*, la directive 2.6.12.

⁴⁶⁸ Voir *supra*, les passages de l'avis de la Cour de 1951 cités au paragraphe 5) du commentaire de la directive 2.6.12.

8) Néanmoins, la Commission s'est abstenue de préciser dans la directive 2.6.14 les effets qu'une telle objection conditionnelle produit une fois la condition réalisée, c'est-à-dire, une fois une réserve correspondante formulée. Cette question ne relève pas de la formulation des objections, mais plutôt des effets qu'elles produisent.

2.6.15 Objections tardives

Une objection à une réserve formulée après l'expiration du délai prévu à la directive 2.6.13 ne produit pas les effets juridiques d'une objection faite dans le respect de ce délai.

Commentaire

1) Tout comme il est possible de formuler, conditionnellement, une objection d'une façon anticipée, rien ne s'oppose à ce que les États ou les organisations internationales formulent des objections tardivement, c'est-à-dire soit après l'expiration du délai de douze mois (ou de tout autre délai prescrit par le traité) soit après le consentement à être lié pour les États et organisations internationales qui adhèrent au traité après l'expiration du délai de douze mois⁴⁶⁹.

2) Cette pratique est loin d'être isolée. Dans son étude publiée en 1988, F. Horn a relevé que sur 721 objections recensées, 118 avaient été formulées tardivement⁴⁷⁰ et ce chiffre s'est accru depuis lors⁴⁷¹. On en trouve de nombreux exemples⁴⁷² s'agissant non seulement de traités relatifs aux droits de l'homme⁴⁷³, mais également de traités touchant à des matières aussi diverses que le droit des traités⁴⁷⁴ ou la lutte contre le terrorisme⁴⁷⁵,

⁴⁶⁹ Voir *supra*, la directive 2.6.13.

⁴⁷⁰ F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, T.M.C. Asser Institut, La Haye, 1988, p. 41. Voir également R. Riquelme Cortado, *Las Reservas a los Tratados: Lagunas y ambigüedades del Régimen de Viena*, Université de Murcie, 2004, p. 264 et 265.

⁴⁷¹ Riquelme Cortado, *ibid.*, p. 265.

⁴⁷² Les exemples cités ci-après sont exclusivement des cas identifiés par le Secrétaire général et, par conséquent, notifiés en tant que «communications». L'étude se révèle en effet compliquée par le fait que, dans la collection des traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, ce n'est pas la date de la notification qui est indiquée, mais la date du dépôt de l'instrument comportant la réserve.

⁴⁷³ Voir la liste très complète établie par R. Riquelme Cortado, *supra*, note 470, p. 265 (note 316).

⁴⁷⁴ *Ibid.*, p. 265 (note 317).

⁴⁷⁵ Voir les objections tardives à la déclaration du Pakistan (13 août 2002) relative à la Convention internationale pour la répression des attentats terroristes à l'explosif de 1997: République de Moldova (6 octobre 2003), Fédération de Russie (22 septembre 2003) et Pologne (3 février 2004) (*Traités multilatéraux*, ... (ST/LEG/SER.E/25), vol. II, p. 152 et 153, note 7 (chap. XVIII, 9)); ou les objections tardives aux réserves formulées par les États suivants relatives à la Convention internationale pour la répression du financement du terrorisme de 1999: réserve de la Belgique (17 mai 2004), Fédération de Russie (7 juin 2005) et Argentine (22 août 2005); déclaration de la Jordanie (28 août 2003), Belgique

concernant la Convention sur la sécurité du personnel des Nations Unies et du personnel associé⁴⁷⁶ ou encore le Statut de Rome de la Cour pénale internationale de 1998⁴⁷⁷.

3) Cette pratique ne doit certainement pas être condamnée. Tout au contraire: elle permet aux États et aux organisations internationales d'exprimer, par le biais d'objections, leur point de vue sur la validité d'une réserve, eût-elle été formulée plus de douze mois plus tôt, ce qui ne va pas sans avantage, même si ces objections tardives ne produisent aucun effet juridique immédiat. En effet, la position des États et des organisations intéressés concernant la validité d'une réserve constitue pour l'interprète, qu'il s'agisse d'un organe de contrôle ou d'une juridiction internationale, un élément important à prendre en considération pour déterminer la validité de la réserve. La pratique du Secrétaire général en tant que depositaire des traités multilatéraux confirme d'ailleurs cette façon de voir. Il reçoit les objections formulées tardivement et les communique en général aux autres États et organisations intéressés, non pas en tant qu'objections, mais en tant que «communications»⁴⁷⁸. Une objection, fût-elle formulée tardivement, constitue de surcroît un élément important permettant de nouer un dialogue réservataire ou d'y contribuer⁴⁷⁹.

(24 septembre 2004), Fédération de Russie (1^{er} mars 2005), Japon (14 juillet 2005), Argentine (22 août 2005), Irlande (23 juin 2006), République tchèque (23 août 2006); réserve de la Syrie (24 avril 2005), Irlande (23 juin 2006), République tchèque (23 août 2006); réserve de la République populaire démocratique de Corée (12 novembre 2001, lors de la signature; faute de ratification, la réserve n'a pas été confirmée): République de Moldavie (6 octobre 2003), Allemagne (17 juin 2004), Argentine (22 août 2005) (ibid., p. 199 à 202, notes 5, 10, 11 et 12 (chap. XVIII, 11)).

⁴⁷⁶ Voir les objections tardives du Portugal (15 décembre 2005) formulées à l'égard de la déclaration de la Turquie (9 août 2004) (ibid., p. 130 et 131, note 5 (chap. XVIII, 8)).

⁴⁷⁷ Voir les objections tardives de l'Irlande (28 juillet 2003), du Royaume-Uni (31 juillet 2003), du Danemark (21 août 2003) et de la Norvège (29 août 2003) à la déclaration interprétative (considérée par les États objectants comme équivalant à une réserve interdite) de l'Uruguay (28 juin 2002) (ibid., p. 166, note 8 (chap. XVIII, 10)).

⁴⁷⁸ *Précis de la pratique du Secrétaire général en tant que depositaire de traités multilatéraux* (ST/LEG/8), New York, 1997, par. 213: «Considérant toutefois la valeur indicative de la disposition pertinente de la Convention de Vienne [art. 20, par. 5], le Secrétaire général, quand il reçoit une objection après l'expiration dudit délai, la désigne, lorsqu'il en porte le dépôt à la connaissance des parties intéressées, sous le nom de «communication».» On retrouve cependant dans la publication intitulée *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général* plusieurs exemples d'objections tardives sous la rubrique «Objections». C'est notamment le cas de l'objection du Japon (27 janvier 1987) aux réserves de Bahreïn (2 novembre 1971) et du Qatar (6 juin 1986) à la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques de 1961. Tandis que l'objection est largement tardive à l'égard de la réserve de Bahreïn, elle est faite dans les temps en ce qui concerne la réserve du Qatar; telle est sans doute la raison pour laquelle l'objection a été communiquée en tant que telle et non pas en tant que simple «communication» (*Traités multilatéraux, ...* (ST/LEG/SER.E/25), vol. I, p. 100 (chap. III, 3)).

⁴⁷⁹ Suite à l'objection tardive formulée par la Suède, la Thaïlande a retiré sa réserve à la Convention relative aux droits de l'enfant (ibid., vol. I, p. 355, note 17 (chap. IV, 11)). Roberto Baratta considère que «[l']obiezione è strumento utilizzato non solo e non tanto per manifestare la propria disapprovazione all'atto-riserva altrui e per rilevarne, talvolta, l'incompatibilità con ulteriori obblighi posti dell'ordinamento internazionale, quanto e piuttosto per indurre l'autore della riserva a reconsiderarla e possibilmente

4) Il découle cependant de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne qu'un État ou une organisation internationale qui n'a pas fait objection dans le délai de douze mois suivant la formulation de la réserve ou à la date de l'expression de son consentement à être lié par le traité est considéré comme ayant accepté la réserve avec toutes les conséquences que cela entraîne. Sans rentrer dans les détails des effets d'une telle acceptation tacite, il suffit d'indiquer qu'une telle acceptation a en principe pour effet que le traité entre en vigueur entre l'État ou l'organisation internationale réservataire et l'État ou l'organisation considéré comme ayant accepté la réserve. Une telle conséquence ne pourrait être remise en cause par une objection formulée après l'entrée en vigueur du traité entre les deux États ou organisations internationales sans porter une atteinte grave à la sécurité juridique.

5) Les États semblent d'ailleurs être sensibles au fait qu'une telle objection tardive ne peut produire les effets normaux d'une objection faite en temps utile. Le Royaume-Uni, dans l'objection (intervenue dans le délai requis de douze mois) à la réserve du Rwanda à l'article IX de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide, exprime le désir qu'il «soit pris note de ce qu'il adopte la même position [c'est-à-dire qu'il ne peut pas accepter une telle réserve] en ce qui concerne la réserve similaire [à celle du Rwanda] qu'a formulée la République démocratique allemande, réserve notifiée par sa lettre ... du 25 avril 1973»⁴⁸⁰. Il est clair qu'en ce qui concerne la réserve de la République démocratique allemande, l'objection britannique était tardive. La formulation prudente de l'objection montre que le Royaume-Uni ne s'attendait pas à ce qu'elle produise les effets juridiques inhérents à une objection formulée dans le délai requis par l'article 20, paragraphe 5, de la Convention de Vienne de 1969.

6) La communication du Gouvernement péruvien, du 21 janvier 2002, relative à une objection autrichienne tardive⁴⁸¹ – de quelques jours seulement – concernant sa réserve à la Convention de Vienne sur le droit des traités de 1969 est particulièrement intéressante:

a ritirarla» («[l']objection est un instrument utilisé pas seulement et pas essentiellement pour manifester sa réprobation à l'égard de l'acte-réserve d'un autre État ou pour, dans certains cas, en constater l'incompatibilité avec d'autres obligations posées par l'ordre juridique international, mais bien plutôt pour inciter l'auteur de la réserve à la reconsidérer et, si possible, à la retirer») (*Gli effetti della riserve ai trattati*, A. Giuffrè, Milan, 1999, p. 319 et 320).

⁴⁸⁰ *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général...*, p. 135 (chap. IV, 1).

⁴⁸¹ Cette objection tardive a été notifiée en tant que «communication» (ibid., vol. II, p. 428, note 19 (chap. XXIII, 1)).

«[Le Gouvernement péruvien se réfère à la communication faite par le Gouvernement autrichien relative à la réserve faite par le Pérou lors de la ratification.] Ce document porte à la connaissance des États Membres le texte d’une communication du Gouvernement autrichien, dans laquelle celui-ci fait part de son objection à la réserve exprimée par le Gouvernement péruvien le 14 septembre 2000 lorsqu’il a déposé son instrument de ratification de la Convention de Vienne sur le droit des traités.

Comme on le sait [au Secrétariat], le paragraphe 5 de l’article 20 de la Convention de Vienne stipule qu’“une réserve est réputée avoir été acceptée par un État si ce dernier n’a pas formulé d’objection à la réserve [soit] à l’expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle il en a reçu notification (...)”. La ratification de la Convention par le Pérou et la formulation de la réserve en question ont été notifiées aux États Membres le 9 novembre 2000.

Étant donné que le Secrétariat a reçu la communication émanant du Gouvernement autrichien le 14 novembre 2001 et l’a diffusée auprès des États Membres le 28 novembre de la même année, la Mission permanente du Pérou considère que le Gouvernement autrichien a accepté tacitement la réserve formulée par le Gouvernement péruvien, le délai de douze mois visé au paragraphe 5 de l’article 20 de la Convention de Vienne s’étant écoulé sans qu’aucune objection ait été émise. Le Gouvernement péruvien considère donc que la communication du Gouvernement autrichien, en raison de sa présentation tardive, n’a aucun effet juridique.»⁴⁸².

Bien qu’il ne soit pas certain que la communication autrichienne n’a aucun effet juridique, la communication péruvienne montre tout à fait clairement qu’une objection tardive n’empêche pas la présomption de l’acceptation de l’article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne de jouer.

7) Il se déduit de ce qui précède que si l’objection tardive peut constituer un élément d’appréciation en vue de la détermination de la validité d’une réserve, elle n’est pas pour

⁴⁸² Ibid.

autant apte à produire les effets «normaux» d'une objection telle que les prévoient les articles 20, paragraphe 4 b), et 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne⁴⁸³.

8) Certains membres de la Commission estiment que ces déclarations tardives ne constituent pas des «objections» étant donné qu'elles ne sont pas susceptibles de produire les effets d'une objection. Des termes comme «déclaration», «communication» ou «*objecting communication*» ont été proposés. La Commission considère cependant que ces déclarations correspondent à la définition des objections contenue dans la directive 2.6.1 en relation avec la directive 2.6.13. Comme le rappelle le commentaire de la directive 2.6.5⁴⁸⁴ une objection (comme une réserve) est définie non par les effets qu'elle produit mais par ceux que son auteur souhaite lui voir produire.

9) La rédaction de cette directive 2.6.15 est suffisamment souple pour laisser la place à la pratique étatique bien établie des objections tardives. Elle n'interdit pas aux États ou aux organisations internationales de formuler des objections après l'expiration du délai requis par la directive 2.6.13 tout en précisant explicitement qu'elles ne produisent pas les effets juridiques d'une objection formulée dans le délai requis.

2.7 Retrait et modification des objections aux réserves

Commentaire

1) Comme c'est le cas s'agissant du retrait des réserves, la question du retrait des objections aux réserves n'est réglée par les Conventions de Vienne que de manière très incomplète⁴⁸⁵. On n'y trouve que quelques indications sommaires au sujet de la forme du retrait et du moment auquel il peut intervenir et prendre effet. Quant à la modification des objections, elle n'y est pas évoquée du tout.

2) L'article 22, paragraphes 2 et 3, de la Convention de Vienne de 1986 dispose:

«2. À moins que le traité n'en dispose autrement, une objection à une réserve peut à tout moment être retirée.

⁴⁸³ Ceci ne préjuge pas la question de savoir si et comment la réserve réputée acceptée produit l'effet «normal» prévu à l'article 21, par. 1, des Conventions de Vienne.

⁴⁸⁴ Voir le paragraphe 4) du commentaire.

⁴⁸⁵ Surtout en ce qui concerne les effets du retrait des objections aux réserves. Voir R. Szafarz, «Reservations to Multilateral Treaties», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 3, 1970, p. 314.

3. À moins que le traité n'en dispose autrement ou qu'il n'en soit convenu autrement:

a) [...]

b) Le retrait d'une objection à une réserve ne prend effet que lorsque l'État ou l'organisation internationale qui a formulé la réserve a reçu notification de ce retrait.».

Et l'article 23, paragraphe 4, précise la forme du retrait d'une objection:

«Le retrait d'une réserve ou d'une objection à une réserve doit être formulé par écrit.».

3) Les travaux préparatoires aux Conventions de Vienne sur le retrait des objections ne réglaient pas non plus la question. La question est absente des travaux des premiers rapporteurs spéciaux; ceci n'est guère surprenant du fait de leur adhésion à la thèse traditionnelle de l'unanimité qui excluait logiquement qu'une objection pût être retirée. Tout aussi logiquement, c'est le premier rapport de H. Waldock, partisan du système souple, qui contient la première proposition de disposition concernant le retrait des objections aux réserves. Le projet d'article 19, paragraphe 5, qu'il proposait était ainsi rédigé:

«Tout État qui a fait objection à une réserve peut à tout moment retirer unilatéralement cette objection, en tout ou en partie. Le retrait de l'objection se fait par notification écrite adressée au dépositaire des instruments relatifs au traité et, faute d'un dépositaire, à chacun des États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir.»⁴⁸⁶.

Suite au remaniement complet des dispositions concernant la forme et la procédure relatives aux réserves et aux objections, ce projet d'article – qui ne faisait que reprendre *mutatis mutandis* la disposition analogue concernant le retrait d'une réserve⁴⁸⁷ – a été

⁴⁸⁶ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 71.

⁴⁸⁷ Le projet d'article 17, paragraphe 6, disposait en effet: «Tout État qui a formulé une réserve peut à tout moment la retirer unilatéralement, en tout ou en partie, que les autres États intéressés l'aient acceptée ou rejetée. Le retrait de la réserve se fait par notification écrite adressée au dépositaire des instruments relatifs au traité et, faute de dépositaire, à chacun des États qui sont parties au traité ou sont en droit de le devenir.» (ibid., p. 69). L'analogie entre les deux textes a été soulignée par H. Waldock qui considérait dans les

cependant abandonné, sans que les raisons de cet abandon ressortent des travaux de la Commission. Une telle disposition n'a été incluse ni dans le texte adopté en première lecture, ni dans le projet final de la Commission.

4) C'est seulement lors de la Conférence de Vienne que le problème du retrait des objections a été réintroduit dans le texte des articles 22 et 23, suite à un amendement hongrois⁴⁸⁸ qui alignait, de nouveau, la procédure de retrait des objections à celui des réserves. Comme l'avait expliqué M^{me} Bokor-Szegó au nom de la délégation hongroise:

«Si l'on introduit une disposition sur le retrait des réserves, il est essentiel de mentionner également la possibilité de retirer les objections aux réserves, d'autant plus que cette possibilité existe déjà dans la pratique.»⁴⁸⁹.

Le représentant de l'Italie à la Conférence a plaidé également en faveur d'un alignement de la procédure de retrait d'une objection à la réserve sur celle du retrait de la réserve:

«Les relations entre une réserve et une objection à une réserve sont les mêmes que celles qui existent entre la prétention et la contestation. L'extinction d'une prétention, ou le retrait d'une réserve, sont contrebalancés par l'extinction d'une contestation ou par le retrait d'une objection à une réserve, acte qui correspond lui aussi à un moment diplomatique et juridique de l'élaboration des traités.»⁴⁹⁰.

5) La pratique étatique en la matière est cependant quasiment inexistante. F. Horn n'a pu identifier qu'un seul exemple de retrait clair et certain d'une objection⁴⁹¹: en 1982, le Gouvernement cubain a notifié au Secrétaire général le retrait des objections faites lors de

commentaires du projet d'article 19, paragraphe 5, que cette dernière disposition correspond au paragraphe 6 du projet d'article 17 et «n'appell[e] donc pas d'autres explications» (ibid., p. 78, par. 22) du commentaire).

⁴⁸⁸ A/CONF.39/L.18 dans *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 287 et 288. L'amendement hongrois a été adopté, avec une légère modification, par 98 voix contre zéro (*Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11/Add.1), 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 41, par. 41).

⁴⁸⁹ Ibid., par. 14.

⁴⁹⁰ Ibid., par. 27.

⁴⁹¹ F. Horn, *Reservations and Interpretative Declarations to Multilateral Treaties*, La Haye, T.M.C. Asser Institute, 1988, p. 227.

sa ratification de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide à l'égard des réserves aux articles IX et XII formulées par plusieurs États socialistes⁴⁹².

6) Bien que les dispositions de la Convention de Vienne ne soient pas très détaillées en ce qui concerne le retrait des objections, il ressort clairement des travaux préparatoires que, en principe, le retrait des objections devrait suivre les mêmes règles que le retrait des réserves, comme c'est le cas pour la formulation des objections par rapport à celle des réserves⁴⁹³. Pour expliciter et préciser les dispositions pertinentes, la Commission s'est inspirée des projets de directives déjà adoptés concernant le retrait (et la modification) des réserves⁴⁹⁴, en introduisant les changements nécessaires pour tenir compte de la spécificité des objections. Cette approche ne consiste cependant aucunement à mettre en œuvre la théorie du parallélisme des formes⁴⁹⁵; il n'est pas question d'aligner la procédure de retrait des objections sur celle de leur formulation, mais d'appliquer au retrait d'une objection les mêmes règles que celles qui s'appliquent au retrait d'une réserve. Sans doute les deux actes ont-ils des effets distincts sur les relations conventionnelles et diffèrent-ils quant à leur nature ou quant à leurs destinataires. Néanmoins, ils sont suffisamment proches pour être soumis à des régimes formels et procéduraux comparables, comme ceci a été suggéré lors des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969.

7) Comme ceux concernant le retrait et la modification des réserves, les directives incluses dans la présente section concernent respectivement la forme et la procédure du retrait, ses effets, le moment où le retrait de l'objection produit ces effets, le retrait partiel et l'éventuelle aggravation de l'objection.

2.7.1 Retrait des objections aux réserves

À moins que le traité n'en dispose autrement, une objection à une réserve peut à tout moment être retirée.

⁴⁹² *Traités multilatéraux déposés auprès du Secrétaire général, État au 31 décembre 2006*, ST/LEG/SER.E/25, vol. I, p. 138 (note 31), chap. IV, 1).

⁴⁹³ Voir *supra*, le commentaire de la directive 2.6.9, par. 1) à 6).

⁴⁹⁴ Cf. les directives 2.5.1 à 2.5.11. Pour le texte et les commentaires de ces directives, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 161 à 168.

⁴⁹⁵ Voir *ibid.*, p. 186 et 187, par. 6) du commentaire de la directive 2.5.4.

Commentaire

1) La question de la possibilité et du moment du retrait d'une objection trouve une réponse dans les Conventions de Vienne, et plus particulièrement dans l'article 22, paragraphe 2⁴⁹⁶. Ni la possibilité de retirer une objection à tout moment, ni le moment où un tel retrait peut être fait n'ont besoin de longues explications et l'article 22, paragraphe 2, des Conventions de Vienne se suffit à lui-même. Quant à la pratique étatique, elle est quasiment absente à ce sujet. La directive 2.7.1 ne fait donc que reprendre le texte des Conventions de Vienne.

2) Bien qu'il soit en principe judicieux d'aligner les dispositions relatives au retrait des objections sur celles relatives au retrait des réserves⁴⁹⁷, il faut néanmoins remarquer une différence significative dans la rédaction du paragraphe 1 de l'article 22 (relatif au retrait des réserves) et son paragraphe 2 (qui porte sur le retrait des objections): alors que le paragraphe 1 prend soin de préciser que la réserve peut être retirée «sans que le consentement de l'État qui a accepté la réserve soit nécessaire pour son retrait»⁴⁹⁸, le paragraphe 2 ne précise rien de tel en ce qui concerne les objections. Cette différence de rédaction est logique: dans ce second cas, le caractère purement unilatéral du retrait relève de l'évidence. Telle est d'ailleurs la raison pour laquelle la partie de l'amendement hongrois⁴⁹⁹ tendant à aligner la rédaction du paragraphe 2 sur celle du paragraphe 1 fut écartée à la demande de la délégation britannique qui avait fait valoir qu'

«il existe une différence de nature entre les réserves et les objections aux réserves; le consentement de l'auteur de la réserve n'est évidemment pas requis pour le retrait de l'objection; une disposition expresse à cet effet donnerait à entendre qu'il existe quelques doutes sur ce point»⁵⁰⁰.

⁴⁹⁶ Voir le commentaire introductif à la section 2.7, par. 2).

⁴⁹⁷ Voir *ibid.*, *passim*.

⁴⁹⁸ Sur ce point, voir la directive 2.5.1 et son commentaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10* (A/58/10), p. 167 à 176.

⁴⁹⁹ A/CONF.39/L.18, dans *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, première et deuxième sessions, Vienne, 26 mars-24 mai 1968 et 9 avril-22 mai 1969, Documents de la Conférence* (A/CONF.39/11/Add.2), p. 287 et 288. Cet amendement est à l'origine de l'inclusion du paragraphe 2 dans l'article 22 (voir le commentaire introductif de la section 2.7 *supra*, par. 4)).

⁵⁰⁰ *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière* (A/CONF.39/11/Add.1), 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 40, par. 31.

Ceci constitue une justification convaincante de la divergence de rédaction entre les deux dispositions, sur laquelle il n'y a pas lieu de revenir.

2.7.2 Forme du retrait des objections aux réserves

Le retrait d'une objection à une réserve doit être formulé par écrit.

Commentaire

1) La question de la forme du retrait d'une objection trouve également sa réponse dans les Conventions de Vienne, dans l'article 23, paragraphe 4⁵⁰¹. L'exigence de la forme écrite d'un tel acte ne nécessite pas de longues explications et les règles des Conventions de Vienne se suffisent à elles-mêmes: bien que la théorie du parallélisme des formes ne soit pas reçue en droit international⁵⁰², il est certainement raisonnable d'exiger un certain formalisme pour le retrait d'une objection qui, tout comme la réserve elle-même, doit être faite par écrit⁵⁰³. Il résulterait d'un retrait verbal des incertitudes non négligeables qui ne seraient pas forcément limitées à la relation bilatérale entre l'État ou l'organisation réservataire et l'auteur de l'objection initiale⁵⁰⁴.

2) Dès lors, la directive 2.7.2 reprend le texte des articles 23, paragraphe 4, des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, qui sont rédigés de la même manière.

3) Il en résulte que la forme du retrait d'une objection à une réserve est identique à celle du retrait d'une réserve.

2.7.3 Formulation et communication du retrait des objections aux réserves

Les directives 2.5.4, 2.5.5 et 2.5.6 sont applicables *mutatis mutandis* au retrait des objections aux réserves.

⁵⁰¹ Voir le commentaire introductif de la section 2.7, par. 2).

⁵⁰² Voir le commentaire de la directive 2.5.4, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 186 et 187, par. 6).

⁵⁰³ Voir le commentaire de la directive 2.5.2, *ibid.*, p. 177 et 178, par. 3).

⁵⁰⁴ Étant donné que le retrait d'une objection s'apparente à une acceptation de la réserve, il pourrait, sous certaines circonstances, entraîner l'entrée en vigueur du traité à l'égard de l'État ou de l'organisation réservataire.

Commentaire

1) Ni la Convention de Vienne de 1969 ni celle de 1986 ne contiennent de précisions quant à la formulation et à la communication du retrait d'une réserve. Toutefois, il ressort avec une netteté particulière des travaux préparatoires de la Convention de Vienne de 1969⁵⁰⁵ que, comme c'est le cas pour la formulation des objections et la formulation des réserves⁵⁰⁶, la procédure qui doit être suivie pour retirer les déclarations unilatérales que sont les objections doit être identique à celle applicable au retrait des réserves.

2) Il a donc semblé judicieux à la Commission de prendre simplement acte, dans le cadre du «Guide de la pratique», de ce parallélisme procédural entre le retrait d'une réserve et celui d'une objection, qui vaut en ce qui concerne l'autorité habilitée à procéder au retrait au plan international et les conséquences (ou plutôt l'absence de conséquences) de la violation des règles de droit interne lors de cette formulation et de celles relatives à la notification et à la communication du retrait. Elles paraissent pouvoir être transposées *mutatis mutandis* au retrait des objections. Plutôt que reproduire, en remplaçant purement et simplement «réserve» par «objection» dans le texte de ces directives, les directives 2.5.4 (Formulation du retrait d'une réserve au plan international)⁵⁰⁷, 2.5.5 (Absence de conséquence au plan international de la violation des règles internes relatives au retrait des réserves)⁵⁰⁸ et 2.5.6 (Communication du retrait d'une réserve)⁵⁰⁹ – cette dernière renvoyant elle-même aux directives pertinentes relatives à la communication des réserves et au rôle du dépositaire –, la Commission a jugé préférable de renvoyer globalement à ces directives⁵¹⁰ qui s'appliquent *mutatis mutandis* aux objections.

2.7.4 Effet du retrait d'une objection sur la réserve

Un État qui retire une objection antérieurement formulée à l'encontre d'une réserve est considéré comme ayant accepté cette réserve.

⁵⁰⁵ Voir, *supra*, le commentaire introductif à la section 2.7, par. 3) à 6).

⁵⁰⁶ Voir, *supra*, la directive 2.6.9 et son commentaire.

⁵⁰⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 162 et 185 à 192.

⁵⁰⁸ *Ibid.*, p. 162 et 163 et 193 et 194.

⁵⁰⁹ *Ibid.*, p. 163 et 195 à 199.

⁵¹⁰ La Commission a procédé de la même manière dans les directives 1.5.2 (renvoi aux directives 1.2 et 1.2.1), 2.4.3 (renvoi aux directives 1.2.1, 2.4.6 et 2.4.7) et, plus clairement encore, 2.5.6 (renvoi aux directives 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7) et 2.6.9 (renvoi aux directives 2.1.3, 2.1.4, 2.1.5, 2.1.6 et 2.1.7).

Commentaire

1) Comme elle l'a fait en ce qui concerne le retrait des réserves⁵¹¹, la Commission a examiné les effets du retrait d'une objection dans la partie consacrée à la procédure du retrait. La question s'est avérée cependant être infiniment plus complexe: tandis que le retrait d'une réserve rétablit simplement l'intégrité du traité dans les relations entre l'auteur de la réserve et les autres parties, le retrait d'une objection est susceptible de produire des effets multiples.

2) Il ne fait aucun doute qu'un État ou une organisation internationale qui retire son objection à une réserve doit être considéré comme l'ayant acceptée. Ceci découle implicitement de la présomption de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne qui assimile l'absence d'objection de la part d'un État ou d'une organisation internationale à une acceptation. Le professeur Bowett considère également que le retrait d'une objection à une réserve équivaut à l'acceptation de la réserve⁵¹².

3) Il n'est pas pour autant évident que le retrait d'une objection a pour conséquence que «the reservation has full effect»⁵¹³ («la réserve produit tous ses effets»). Les effets du retrait d'une objection ou de l'acceptation «différée» qui en résulte peuvent, en effet, être multiples et complexes en fonction d'éléments tenant non seulement à la nature et à la validité de la réserve, mais également et surtout aux caractéristiques de l'objection elle-même⁵¹⁴:

- Si l'objection n'était pas accompagnée de la déclaration expresse prévue à l'article 20, paragraphe 4 b), de la Convention, la réserve produit ses effets «normaux» tels que les prévoit le paragraphe 1 de l'article 21;
- Si l'objection était «maximum», le traité entre en vigueur entre les deux parties et la réserve produit ses pleins effets conformément aux dispositions de l'article 21;

⁵¹¹ Voir la directive 2.5.7 (Effet du retrait d'une réserve) et son commentaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 163 et 199 à 203.

⁵¹² D. Bowett, «Reservations to Non-Restricted Multilateral Treaties», *British Year Book of International Law*, vol. 48, 1976-1977, p. 88. Voir également R. Szafarz, «Reservations to Multilateral Treaties», *Polish Yearbook of International Law*, vol. 3, 1970, p. 314 ou L. Migliorino, «La revoca di riserve e di obiezioni a riserve», *Rivista di Diritto internazionale*, vol. 77, 1994, p. 329.

⁵¹³ D. Bowett, (*supra*, note 512), p. 88.

⁵¹⁴ En ce sens, R. Szafarz, (*supra*, note 512), p. 314, et L. Migliorino, (*supra*, note 512), p. 329.

- Si l’objection constituait une cause empêchant l’entrée en vigueur du traité entre toutes les parties en vertu du paragraphe 2 de l’article 20, ou à l’égard de l’État réservataire en application du paragraphe 4 du même article, le traité entre en vigueur (et la réserve produit ses effets).

Ce dernier cas de figure, en particulier, montre que les effets du retrait d’une objection ne portent pas seulement sur l’applicabilité ou non de la réserve, mais qu’il peut également avoir des conséquences sur l’entrée en vigueur du traité elle-même⁵¹⁵. La Commission a néanmoins jugé préférable de limiter la directive 2.7.4 aux seuls effets du retrait d’une objection «sur la réserve» et a adopté le titre de cette directive en conséquence.

4) Adopter une disposition prévoyant l’ensemble des effets du retrait d’une objection non seulement paraît difficile en raison de la complexité de la question, mais encore risquerait de préjuger la question des effets d’une réserve et de l’acceptation d’une réserve. La Commission a donc considéré que, du fait de la complexité des effets du retrait d’une objection, il est plus judicieux d’assimiler purement et simplement le retrait d’une objection à une acceptation et de considérer qu’un État ayant retiré son objection doit être considéré comme ayant accepté la réserve, sans examiner, à ce stade, la nature et la consistance des effets de cette acceptation. Cette disposition renvoie implicitement aux acceptations et à leurs effets. La question de savoir quand ces effets se réalisent est l’objet de la directive 2.7.5.

2.7.5 Date d’effet du retrait d’une objection

À moins que le traité n’en dispose autrement ou qu’il n’en soit convenu autrement, le retrait d’une objection à une réserve ne prend effet que lorsque l’État ou l’organisation internationale qui a formulé la réserve a reçu notification de ce retrait.

Commentaire

1) Les Conventions de Vienne contiennent une disposition très claire en ce qui concerne le moment où le retrait d’une objection produit ses effets. Aux termes de l’article 22, paragraphe 3 b), de la Convention de 1986:

«3. À moins que le traité n’en dispose autrement ou qu’il n’en soit convenu autrement:

⁵¹⁵ Voir *infra*, le paragraphe 3) du commentaire de la directive 2.7.5.

(...)

b) Le retrait d'une objection à une réserve ne prend effet que lorsque l'État ou l'organisation internationale qui a formulé la réserve a reçu notification de ce retrait.».

2) Cette disposition se distingue de la règle analogue relative à la date d'effet d'une réserve en ce que, dans ce dernier cas, le retrait 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». Les raisons de cette différence de rédaction sont aisément compréhensibles. Tandis que le retrait d'une réserve modifie, par hypothèse, le contenu des obligations conventionnelles entre l'État ou l'organisation internationale auteur de la réserve et l'ensemble des autres États contractants ou organisations contractantes, le retrait d'une objection à une réserve ne modifie, en principe, que le rapport conventionnel bilatéral créé entre l'État ou l'organisation auteur de la réserve et celui ou celle qui avait objecté à la réserve. M^{me} Bokor-Szegó, représentante de la Hongrie lors de la Conférence de Vienne de 1969, expliquait ainsi la différence de rédaction entre l'alinéa *a* et l'alinéa *b* proposé par sa délégation⁵¹⁶:

«Le retrait d'une objection ne concerne directement que l'État auteur de l'objection et l'État auteur de la réserve.»⁵¹⁷.

3) Cependant, les effets du retrait d'une objection à une réserve peuvent dépasser ce rapport strictement bilatéral entre l'auteur de la réserve et celui de l'objection. Tout en effet dépend du contenu et de l'intensité de l'objection: un retrait de celle-ci peut même avoir pour effet que le traité entre en vigueur entre tous les États et organisations internationales l'ayant ratifié. Ceci est notamment le cas dans l'hypothèse où l'objection a pour effet d'empêcher le traité d'entrer en vigueur entre les parties à un traité à participation restreinte (art. 20, par. 2, des Conventions de Vienne), ou dans le cas, plus improbable, où le retrait d'une objection fait de l'État ou de l'organisation internationale réservataire une partie au traité en question et porte ainsi le nombre des parties au-delà du nombre requis pour l'entrée en vigueur. On peut donc se demander s'il est légitime que la

⁵¹⁶ Voir le commentaire introductif de la section 2.7, *supra*, par. 4).

⁵¹⁷ *Conférence des Nations Unies sur le droit des traités, Documents officiels, deuxième session, Vienne, 9 avril-22 mai 1969, Comptes rendus analytiques des séances plénières et des séances de la Commission plénière (A/CONF.39/11/Add.1), 11^e séance plénière, 30 avril 1969, p. 39, par. 14.*

date d'effet du retrait d'une objection à une réserve ne dépende que de la notification du retrait à l'État réservataire qui est certes le principal intéressé, mais pas forcément le seul. Dans les hypothèses susmentionnées, une telle limitation de cette exigence de notification place les autres États ou organisations contractants dans l'impossibilité d'évaluer avec exactitude la date de l'entrée en vigueur du traité.

4) Cet inconvénient paraît cependant plus théorique que réel dès lors que le retrait d'une objection doit être communiqué non seulement à l'État réservataire, mais également à l'ensemble des États et organisations intéressés ou au dépositaire du traité qui effectuera cette communication⁵¹⁸.

5) Les autres inconvénients de la règle fixant la date de l'effet à la notification du retrait ont été présentés à propos du retrait des réserves dans le commentaire de la directive 2.5.8 (Date d'effet du retrait d'une réserve)⁵¹⁹. Ils tiennent à l'immédiateté de cet effet d'une part, et à l'incertitude dans laquelle se trouve l'auteur du retrait quant à la date de la notification à l'État ou à l'organisation internationale intéressée. Ceci est également vrai en ce qui concerne le retrait d'une objection, mais n'est guère gênant. En ce qui concerne l'immédiateté de l'effet du retrait, il ne faut pas oublier que le principal intéressé reste l'auteur de la réserve qui souhaite que sa réserve puisse produire tous ses effets à l'égard d'une autre partie contractante: plus vite l'objection sera retirée, mieux ce sera dans cette perspective. Quant à l'auteur de l'objection, il est maître du choix de cette notification et il lui appartient de se préparer (et de préparer son droit interne) à ce que le retrait produise tous ses effets (et, en particulier, à ce que la réserve soit applicable dans les relations entre les deux États).

6) Au bénéfice de ces remarques et conformément à la pratique de la Commission, il ne paraît pas nécessaire de modifier la règle énoncée dans l'article 22, paragraphe 3 b), des Conventions de Vienne. En effet, en prenant en compte la pratique récente des principaux dépositaires de traités multilatéraux et, en particulier, celle du Secrétaire général de

⁵¹⁸ Ceci résulte de la directive 2.7.3 et des directives 2.5.6 (Communication du retrait d'une réserve) et 2.1.6 (Procédure de communication des réserves) auxquels il renvoie. Il en résulte que le retrait de l'objection doit être communiqué «aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties».

⁵¹⁹ Voir les commentaires de la directive 2.5.8 (Date d'effet du retrait d'une réserve), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 204 à 210.

l'Organisation des Nations Unies⁵²⁰, qui utilisent des moyens de communication modernes et rapides pour la transmission des notifications, les États et organisations internationales autres que l'État ou l'organisation réservataire devraient normalement recevoir la notification au même moment que la partie directement intéressée. Il paraît donc justifié de reproduire purement et simplement la disposition de la Convention de Vienne.

7) Conformément à la pratique suivie par la Commission, la directive 2.7.5 reproduit donc à l'identique l'article 22, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne de 1986, qui est plus complet que la disposition correspondante de 1969 en ce qu'il tient compte des organisations internationales, sans pour autant en modifier le sens. C'est notamment pour cette raison que, malgré l'avis de certains de ses membres, la Commission a décidé de ne pas remplacer dans le texte anglais du projet de directive les termes «*becomes operative*» par l'expression «*takes effect*», qui lui paraît signifier la même chose⁵²¹. Ce problème linguistique est propre à la version anglaise.

2.7.6 Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale auteur de l'objection peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait de l'objection à la réserve

Le retrait d'une objection à une réserve prend effet à la date fixée par son auteur lorsque cette date est postérieure à la date à laquelle l'État ou l'organisation internationale réservataire en a reçu notification.

Commentaire

1) Pour les raisons indiquées dans le commentaire de la directive 2.5.9 (Cas dans lesquels l'État ou l'organisation internationale réservataire peut fixer unilatéralement la date d'effet du retrait d'une réserve)⁵²², la Commission a considéré nécessaire d'adopter une directive analogue pour couvrir l'hypothèse où un État ou une organisation internationale ayant formulé une objection fixe lui-même d'une façon unilatérale la date

⁵²⁰ Voir les paragraphes 14) à 18) du commentaire de la directive 2.1.6 (Procédure de communication des réserves), *supra*. Voir aussi Palitha T. B. Kohona, «Some Notable Developments in the Practice of the United Nations Secretary General as Depositary of Multilateral Treaties: Reservations and Declarations», *AJIL*, vol. 99, 2005, p. 433 à 450, ou «Reservations: Discussion of Recent Developments in the Practice of the Secretary-General of the United Nations as Depositary of Multilateral Treaties», *Georgia Journal of International and Comparative Law*, vol. 33, 2004-2005, p. 415 à 450.

⁵²¹ Voir aussi *infra*, par. 3) du commentaire de la directive 2.7.6 et par. 5) du commentaire de la directive 2.7.7.

⁵²² *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 213 à 215.

d'effet du retrait de cette objection sans pour autant reproduire entièrement ce premier projet de directive.

2) En effet, dans l'hypothèse où l'auteur de l'objection déciderait de fixer unilatéralement comme date d'effet du retrait de son objection une date antérieure à la date à laquelle l'auteur de la réserve a reçu notification du retrait, cas qui correspond *mutatis mutandis* à l'alinéa *b* de la directive 2.5.9⁵²³, l'État ou l'organisation internationale réservataire se trouverait dans une situation particulièrement inconfortable. L'État ou l'organisation internationale qui a retiré l'objection est considéré comme ayant accepté la réserve et peut donc, conformément aux dispositions de l'article 21, paragraphe 1, invoquer l'effet de la réserve sur une base de réciprocité; l'État ou l'organisation internationale réservataire ferait donc face à des obligations internationales sans en avoir eu connaissance, ce qui remet sérieusement en cause la sécurité juridique dans les relations conventionnelles. C'est pour cette raison que la Commission a décidé d'exclure purement et simplement cette hypothèse et de l'omettre dans la directive 2.7.9. Il résulte de ce silence que seule une date postérieure à la date de notification de la réserve peut être fixée par l'État ou l'organisation internationale auteur du retrait de l'objection.

3) Dans la version anglaise de la directive 2.7.6, la formule, que certains membres anglophones de la Commission considèrent comme maladroite, «*becomes operative*», a néanmoins été retenue par la Commission en raison de son utilisation dans l'article 22, paragraphe 3 b), des Conventions de Vienne et, également, dans la directive 2.7.5⁵²⁴. Cette formule ne veut dire rien d'autre que «*takes effect*». Ce problème linguistique ne se pose pas dans les autres versions.

2.7.7 Retrait partiel d'une objection

À moins que le traité n'en dispose autrement, un État ou une organisation internationale peut retirer partiellement une objection à une réserve. Le retrait partiel d'une objection est soumis aux mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.

⁵²³ Ibid., p. 214, par. 4) et 5) du commentaire de la directive 2.5.9.

⁵²⁴ Voir *supra*, par. 7) du commentaire de la directive 2.7.5 et *infra*, par. 5) du commentaire de la directive 2.7.7.

Commentaire

1) Comme ceci est le cas pour le retrait d'une réserve, il est tout à fait concevable qu'un État (ou une organisation internationale) ajuste une objection faite à une réserve en la retirant seulement partiellement. Si un État ou une organisation internationale peut retirer à tout moment son objection à une réserve, on voit mal pourquoi il ne pourrait pas en amoindrir simplement la portée. Deux cas de figure distincts peuvent se présenter:

- En premier lieu, un État pourrait transformer une objection à effet «maximum»⁵²⁵ ou intermédiaire⁵²⁶ en une objection «normale» ou «simple»⁵²⁷; dans cette hypothèse, l'objection ainsi modifiée produit les effets prévus à l'article 21, paragraphe 3; le passage d'une objection à effet maximum à une objection simple ou à effet intermédiaire entraîne en outre l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et celui de l'objection⁵²⁸; et
- En second lieu, rien ne paraît s'opposer à ce qu'un État «atténue» le contenu même de son objection (en acceptant certains aspects d'une réserve qui se prête à une telle décomposition)⁵²⁹ tout en maintenant le principe; dans ce cas, les relations entre les deux États sont réglées par la nouvelle formulation de l'objection.

⁵²⁵ On parle d'objection à effet «maximum» lorsque son auteur a exprimé l'intention d'empêcher le traité d'entrer en vigueur entre lui-même et l'auteur de la réserve conformément aux dispositions de l'article 20, paragraphe 4 b), des Conventions de Vienne. Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), p. 196, par. 22) du commentaire de la directive 2.6.1.

⁵²⁶ Par une objection à effet «intermédiaire», un État exprime l'intention de nouer des relations conventionnelles avec l'auteur de la réserve tout en estimant que l'exclusion des liens conventionnels doit aller au-delà de ce que prévoit le paragraphe 3 de l'article 21 des Conventions de Vienne. Voir *ibid.*, p. 196, par. 23) du commentaire de la directive 2.6.1.

⁵²⁷ On peut qualifier de «normale» ou «simple» une objection à effet «minimum» tel que le prévoit l'article 21, paragraphe 3, des Conventions de Vienne. Voir *ibid.*, p. 196, par. 22) du commentaire de la directive 2.6.1.

⁵²⁸ Si, au contraire, une objection à effet «super-maximum» était abandonnée au profit d'une objection à effet maximum, le traité cesserait d'être en vigueur entre les États ou organisations internationales concernés; même si l'on admet qu'une objection à effet «super-maximum» soit valide, il y aurait là une aggravation de l'objection, ce qui n'est pas possible (voir *infra*, la directive 2.7.9 et ses commentaires). Une objection à effet «super-maximum» consiste à affirmer non seulement que la réserve à laquelle il est fait objection n'est pas valide, mais aussi que, en conséquence, le traité s'applique *ipso facto* dans son ensemble dans les relations entre les deux États. Voir *ibid.*, p. 197, par. 24) du commentaire de la directive 2.6.1.

⁵²⁹ Dans certains cas, la question de savoir si, dans cette seconde hypothèse, on est réellement en présence d'une telle «atténuation» peut prêter à discussion – mais ni plus ni moins que celle de savoir si la modification d'une réserve constitue un retrait partiel de celle-ci.

2) La Commission n'a pas eu connaissance d'un cas d'un tel retrait partiel d'une objection dans la pratique étatique. Ceci ne semble cependant pas suffisant pour ne pas envisager l'hypothèse. Dans son premier rapport, H. Waldock avait d'ailleurs expressément prévu la possibilité d'un tel retrait partiel. Le paragraphe 5 du projet d'article 19, entièrement consacré aux objections, qui figurait dans ce rapport mais qui a disparu par la suite du fait des modifications apportées à la structure même du projet d'articles, disposait:

«Tout État qui a fait objection à une réserve peut à tout moment retirer unilatéralement cette objection, en tout ou *en partie*.»⁵³⁰.

Les commentaires de cette disposition⁵³¹ présentés par le Rapporteur spécial ne fournissent aucune explication sur les raisons qui l'avaient poussé à la proposer. Il est cependant remarquable que ce projet d'article 19, paragraphe 5, soit, de nouveau, identique à la proposition correspondante concernant le retrait d'une réserve⁵³², ce qui a été expressément souligné par H. Waldock dans ses commentaires⁵³³.

3) Le raisonnement qui a conduit la Commission à admettre la possibilité du retrait partiel des réserves⁵³⁴ est transposable *mutatis mutandis* au retrait partiel des objections, quand bien même il s'agit ici avant tout, non pas d'assurer une application plus complète du traité mais, au contraire, de donner plein effet (ou davantage d'effet) à la réserve. En conséquence, de même que le retrait partiel d'une réserve suit les règles applicables à un retrait pur et simple⁵³⁵, un alignement procédural semble s'imposer entre le retrait total et le retrait partiel d'une objection. La directive 2.7.7 est rédigée en conséquence.

⁵³⁰ *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 71 (italiques ajoutées).

⁵³¹ Ibid., p. 78.

⁵³² Voir le projet d'article 17, par. 6, *ibid.*, p. 69.

⁵³³ Ibid., p. 78.

⁵³⁴ Voir le commentaire de la directive 2.5.10 (Retrait partiel d'une réserve), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10* (A/58/10), par. 11) et 12) du commentaire.

⁵³⁵ Voir le second alinéa de la directive 2.5.10 (Retrait partiel d'une réserve): «Le retrait partiel d'une réserve est soumis aux mêmes règles de forme et de procédure qu'un retrait total et prend effet dans les mêmes conditions.».

4) En raison des difficultés de déterminer abstraitement les effets d'un retrait total d'une objection⁵³⁶, la Commission n'a jugé ni possible ni nécessaire de définir plus avant ce que signifie «retrait partiel». Il suffit de dire que le retrait partiel est nécessairement un moins par rapport au retrait total et qu'il atténue les effets juridiques de l'objection sur la réserve sans les effacer; comme les exemples donnés ci-dessus le montrent: la réserve n'est pas acceptée purement et simplement, l'État ou l'organisation internationale objectant entend seulement moduler différemment les effets d'une objection qui, dans son principe, est maintenue.

5) Dans la version anglaise de la directive 2.7.7, la formule, peut-être maladroite, «*becomes operative*», a été retenue par la Commission en raison de son utilisation dans l'article 22, paragraphe 3 b), des Conventions de Vienne et, également, dans les directives 2.7.5 et 2.7.6⁵³⁷. Cette formule ne veut dire rien d'autre que «*takes effect*». Ce problème linguistique ne se pose pas pour les autres versions.

2.7.8 Effet du retrait partiel d'une objection

Le retrait partiel modifie les effets juridiques de l'objection sur les relations conventionnelles entre l'auteur de l'objection et celui de la réserve dans la mesure prévue par la nouvelle formulation de l'objection.

Commentaire

1) Il est difficile de déterminer *in abstracto* les effets produits par le retrait d'une objection, et encore plus difficile de dire avec exactitude quel effet concret un retrait partiel d'une objection est susceptible de produire. Pour couvrir tous les effets possibles, la Commission a voulu adopter une directive suffisamment large et souple. Elle a considéré que la rédaction de la directive 2.5.11 concernant les effets d'un retrait partiel d'une réserve⁵³⁸ satisfaisait à cette exigence. En conséquence, la directive 2.7.8 est calquée sur la directive analogue concernant le retrait partiel d'une réserve.

2) Bien que le texte de la directive 2.7.8 ne le précise pas explicitement, il est clair que l'expression «retrait partiel» signifie qu'en retirant partiellement son objection, l'État ou l'organisation internationale qui en est l'auteur entend amoindrir les effets juridiques de

⁵³⁶ Voir *supra*, le commentaire de la directive 2.7.4.

⁵³⁷ Voir *supra*, par. 7) du commentaire de la directive 2.7.5 et par. 3) du commentaire de la directive 2.7.6.

⁵³⁸ Voir la directive 2.5.11 (Effet du retrait partiel d'une réserve), *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 226.

l'objection – étant précisé toutefois que ceci peut s'avérer vain si les effets juridiques de la réserve sont déjà compromis en raison de problèmes tenant à la validité de celle-ci.

3) L'objection elle-même produit ses effets indépendamment de toute réaction de la part de l'auteur de la réserve. Si les États et organisations internationales peuvent faire des objections comme ils l'entendent, ils peuvent également les retirer ou en atténuer les effets juridiques à leur guise.

2.7.9 Aggravation d'une objection à une réserve

Un État ou une organisation internationale qui a fait une objection à une réserve peut aggraver la portée de ladite objection durant le délai prévu dans la directive 2.6.13 à condition que l'aggravation n'ait pas pour effet de modifier les relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection.

Commentaire

1) Ni les travaux préparatoires des Conventions de Vienne de 1969 et de 1986, ni le texte de celles-ci ne contiennent de dispositions ou d'indications concernant la question de l'aggravation d'une objection faite par un État ou une organisation internationale, et la pratique étatique est absente en la matière.

2) Théoriquement, il est tout à fait envisageable qu'un État ou une organisation internationale qui a déjà fait une objection à une réserve puisse vouloir aggraver la portée de son objection, par exemple en l'assortissant de la précision prévue à l'article 20, paragraphe 4 b), des Conventions de Vienne: l'objection simple, qui n'empêche pas l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection, deviendrait ainsi une objection qualifiée excluant tout lien conventionnel entre le réservataire et l'auteur de l'objection.

3) Selon certains membres de la Commission, cet exemple suffit à montrer les problèmes de sécurité juridique qu'une telle démarche susciterait. Selon eux, toute velléité d'aggraver la portée de l'objection remet sérieusement en question le statut du traité dans les relations bilatérales entre la partie réservataire et l'auteur de l'aggravation de l'objection. Étant donné que la partie réservataire ne dispose en principe pas d'un droit de réponse à l'objection, admettre l'aggravation de la portée d'une objection reviendrait à exposer l'État réservataire au bon vouloir de l'auteur de l'objection, qui pourrait moduler les relations conventionnelles entre lui-même et la partie réservataire à sa guise et à tout moment. L'absence de pratique étatique peut donner à penser que les États et les

organisations internationales considèrent que l'aggravation de la portée d'une objection n'est tout simplement pas possible.

4) D'autres considérations viennent, selon ce point de vue, à l'appui de cette conclusion. Dans le cadre de ses travaux sur les réserves, la Commission a déjà traité les questions voisines de l'aggravation de la portée d'une réserve⁵³⁹ et de l'aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle⁵⁴⁰. Dans les deux cas, l'aggravation se comprend comme la formulation tardive d'une nouvelle réserve ou d'une nouvelle déclaration interprétative conditionnelle⁵⁴¹. En raison de la présomption de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne, une formulation tardive d'une objection ne saurait avoir d'effet juridique⁵⁴². Toute déclaration formulée après l'expiration du délai prévu à cet effet ne s'analyse plus comme une objection proprement dite mais comme la répudiation d'une acceptation préalable, au mépris de l'engagement pris à l'égard de l'État réservataire⁵⁴³, et la pratique du Secrétaire général en tant que dépositaire des traités multilatéraux confirme une telle conclusion⁵⁴⁴.

5) D'autres membres de la Commission ont cependant considéré qu'une telle solution catégorique ne se justifie pas à la lecture des dispositions des Conventions de Vienne. En vertu de l'article 20, paragraphe 5, les États et organisations internationales disposent justement d'un certain délai pour faire leurs objections et rien ne les empêche, dans ce délai, de les renforcer et de les aggraver et il convient, pour des raisons pratiques, de laisser aux États un tel délai de réflexion.

6) Il s'est cependant dégagé un compromis entre les deux points de vue. En effet, la Commission a considéré que l'aggravation d'une objection ne peut pas remettre en cause l'existence même des relations conventionnelles entre l'auteur de la réserve et l'auteur de l'objection. Faire une objection simple qui n'est pas assortie de l'intention d'empêcher

⁵³⁹ Voir la directive 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve) et son commentaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, p. 263 et 271 à 277.

⁵⁴⁰ Voir la directive 2.4.10 (Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle) et son commentaire, *ibid.*, p. 266 et 279 à 281.

⁵⁴¹ Voir le commentaire de la directive 2.3.5 (Aggravation de la portée d'une réserve), *ibid.*, p. 271 et 272, par. 1), et le commentaire de la directive 2.4.10 (Atténuation et aggravation de la portée d'une déclaration interprétative conditionnelle), *ibid.*, p. 279 et 280, par. 1).

⁵⁴² Voir aussi *supra*, la directive 2.6.15.

⁵⁴³ Cf. *supra*, le commentaire de la directive 2.6.15.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, par. 4) du commentaire.

l'entrée en vigueur du traité entre l'auteur de l'objection et celui de la réserve peut justement avoir pour effet immédiat l'établissement des relations conventionnelles entre les deux parties, même avant l'expiration du délai accordé pour la formulation des objections. Remettre en cause ce fait accompli par l'aggravation ultérieure de l'objection en l'assortissant de l'expression nette d'empêcher l'entrée en vigueur du traité conformément à l'article 20, paragraphe 4 b), n'est pas envisageable et remet sérieusement en cause la sécurité juridique.

7) La directive reflète ce compromis. Il n'interdit pas l'aggravation d'une objection dans le délai prévu par la directive 2.6.13 – qui ne fait que reprendre la disposition de l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne – à condition qu'une telle aggravation ne modifie pas les relations conventionnelles. Dès lors, une aggravation est possible si elle est faite avant l'expiration du délai de douze mois (ou tout autre délai prévu par le traité) qui suit la notification de la réserve ou avant la date où l'État ou l'organisation internationale qui a fait l'objection exprime son consentement à être lié par le traité, si elle est postérieure, et si elle ne remet pas en cause l'existence même des relations conventionnelles acquise ultérieurement par la formulation de l'objection initiale.

2.8 Formes d'acceptation des réserves

L'acceptation d'une réserve peut résulter d'une déclaration unilatérale en ce sens ou du silence gardé par un État contractant ou une organisation internationale contractante dans les délais prévus à la directive 2.6.13.

Commentaire

1) Aux termes du paragraphe 5 de l'article 20⁵⁴⁵ de la Convention de Vienne de 1986 sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales:

«Aux fins des paragraphes 2 et 4⁵⁴⁶] et à moins que le traité n'en dispose autrement, une réserve est réputée avoir été acceptée par un État ou une organisation

⁵⁴⁵ Cet article est intitulé: «Acceptation des réserves et objections aux réserves». À la différence du texte anglais, la version française des deux Conventions de Vienne laisse le mot «acceptation» au singulier mais «objections» au pluriel. Cette distorsion, apparue dès 1962 (cf. *Annuaire ... 1962*, vol. I, 663^e séance, 18 juin 1962, p. 248, et *Annuaire ... 1962*, vol. I, p. 223 (texte adopté par le Comité de rédaction); *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 194, et *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 176), n'a jamais été corrigée ni expliquée.

⁵⁴⁶ Le paragraphe 2 est relatif aux réserves aux traités à participation restreinte; le paragraphe 4 établit les effets de l'acceptation des réserves et des objections dans tous les cas autres que ceux des réserves expressément autorisées par le traité, des traités à participation restreinte et des actes constitutifs d'organisations internationales.

internationale si ces derniers n'ont pas formulé d'objection à la réserve soit à l'expiration des douze mois qui suivent la date à laquelle ils en ont reçu notification, soit à la date à laquelle ils ont exprimé leur consentement à être liés par le traité, si celle-ci est postérieure.».

2) Il résulte de cette définition que l'acceptation d'une réserve peut être définie comme l'absence d'objection. Elle est présumée, en principe, du fait de l'absence d'objection, soit à l'expiration du délai de douze mois suivant la réception de la notification de la réserve, soit lors de l'expression du consentement à être lié, si celle-ci est postérieure. Dans ces deux hypothèses, intellectuellement distinctes, mais qui, en pratique, aboutissent à des résultats identiques, c'est donc le silence qui vaut acceptation sans qu'il soit besoin d'une déclaration unilatérale formelle. Mais il n'en résulte pas que l'acceptation soit nécessairement tacite; du reste, les paragraphes 1 et 3 de l'article 23 mentionnent expressément «l'acceptation expresse d'une réserve» et il peut se faire qu'une telle formulation expresse soit obligatoire, ce qu'impliquent l'expression «à moins que le traité n'en dispose autrement» dans le paragraphe 5 de l'article 20 – même si elle a été insérée dans cette disposition pour d'autres raisons⁵⁴⁷ – et l'omission, dans cette même disposition, de tout renvoi au paragraphe 3 du même article 20 concernant l'acceptation d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale, qui exige une certaine forme, il est vrai particulière, d'acceptation.

3) La directive 2.8 qui ouvre la section du Guide de la pratique concernant la procédure et les formes d'acceptation des réserves met en évidence ces deux formes distinctes d'acceptations:

- L'acceptation expresse, résultant d'une déclaration unilatérale en ce sens; et
- L'acceptation tacite, résultant du silence gardé ou plus spécifiquement de l'absence d'objection à la réserve pendant un certain laps de temps. Ce laps de temps correspond au délai dans lequel une objection peut valablement être faite, c'est-à-dire celui qui est prévu par la directive 2.6.13.

4) On a fait valoir cependant que cette division duale entre acceptations formelles et acceptations tacites des réserves négligeait une distinction nécessaire entre deux formes d'acceptations sans déclaration unilatérale, qui pourraient être soit tacites, soit implicites.

⁵⁴⁷ Voir *supra*, le commentaire de la directive 2.6.13, par. 7).

En outre, selon certains auteurs, on devrait parler d'acceptation «anticipée» lorsque la réserve est autorisée par le traité:

«Reservations may be accepted, according to the Vienna Convention, in three ways: in advance, by the terms of the treaty itself, in accordance with Article 20(1) ...» [«Conformément à la Convention de Vienne, les réserves peuvent être acceptées de trois manières: à l'avance, aux termes du traité lui-même, sur la base de l'article 20, par. 1 ...»]⁵⁴⁸.

Bien que ces distinctions ne soient probablement pas dépourvues de tout fondement sur le plan académique, la Commission n'a pas jugé nécessaire de les refléter dans le Guide de la pratique dès lors qu'elles n'ont pas de conséquences concrètes.

5) En ce qui concerne les acceptations prétendument «anticipées», le commentaire par la Commission du projet d'article 17 (devenu l'article 20 de la Convention de Vienne) expose sans ambiguïté:

«Le paragraphe 1 de cet article concerne les cas où une réserve est expressément ou implicitement autorisée par le traité: en d'autres termes, les cas où le consentement des autres États contractants a été donné dans le traité. Ils n'ont donc plus à accepter la réserve par la suite.»⁵⁴⁹.

En vertu de cette disposition et sauf si le traité en dispose autrement, une acceptation n'est, dans ce cas, pas une condition pour que la réserve soit établie: elle l'est *ipso facto* en vertu du traité et la réaction des États – acceptation expresse, acceptation tacite, voire même objection – ne peut plus remettre en cause cette acceptation acquise. Ceci, au demeurant, n'interdit pas aux États d'accepter expressément une réserve de ce type, mais une telle acceptation expresse est un acte superfétatoire, sans portée particulière. Du reste, il n'en existe aucun exemple. Cela ne veut cependant pas dire que le paragraphe 1 de l'article 20 des Conventions de Vienne ne doit pas être reflété dans le Guide de la pratique, mais cette disposition concerne bien davantage les effets d'une réserve que la formulation ou la forme de l'acceptation; à ce titre elle a vocation à être reproduite dans la quatrième partie du Guide.

⁵⁴⁸ D. W. Greig, (*supra*, note 432), p. 118. Cet article constitue sans doute l'étude la plus approfondie des règles applicables à l'acceptation des réserves (voir surtout p. 118 à 135 et 153).

⁵⁴⁹ *Annuaire ... 1966*, vol. II, p. 225, par. 18.

6) La Commission n'a pas non plus jugé opportun de reprendre dans le Guide de la pratique la distinction que font certains auteurs, en se fondant sur les deux cas envisagés par l'article 20, paragraphe 5, des Conventions de Vienne, entre les acceptations «tacites», d'une part, et les acceptations «implicites», d'autre part, selon que la réserve a déjà été formulée ou non au moment où l'autre partie concernée exprime son consentement à être liée. Dans le premier cas, l'acceptation serait «implicite»; dans le second, elle serait «tacite»⁵⁵⁰. En effet, dans le premier cas, les États ou les organisations internationales sont réputés avoir accepté la réserve s'ils n'y font pas objection lors de l'expression de leur consentement à être liés par le traité. Dans le second cas, l'État ou l'organisation internationale dispose d'un délai de douze mois pour faire une objection faute de quoi il sera réputé avoir accepté la réserve.

7) Bien que le résultat soit le même dans les deux cas – l'État ou l'organisation internationale est réputé avoir accepté la réserve si aucune objection n'a été faite à un moment donné – leur fondement serait différent. En ce qui concerne les États ou les organisations internationales qui deviennent Parties contractantes au traité après la formulation de la réserve, la présomption d'acceptation n'est pas justifiée par leur silence, mais par le fait que cet État ou cette organisation internationale, en connaissance des réserves formulées⁵⁵¹, accède au traité sans objecter à celles-ci. L'acceptation sera dès lors *impliquée* dans l'acte de ratification ou d'adhésion au traité, c'est-à-dire dans un acte positif qui omet d'objecter aux réserves déjà formulées⁵⁵², d'où l'idée qu'il s'agit d'acceptations «implicites». En ce qui concerne, par contre, les États ou les organisations internationales qui sont déjà parties au traité lorsque la réserve est formulée, la situation se présente différemment: c'est leur silence prolongé – pendant douze mois en règle générale – ou plus particulièrement l'absence de toute objection de leur part qui est considéré comme valant acceptation de la réserve. Cette acceptation se déduit donc seulement du silence de l'État ou de l'organisation intéressé; elle est tacite.

⁵⁵⁰ D. W. Greig, (*supra*, note 432), p. 120; F. Horn, (*supra*, note 429), p. 125 et 126; D. Müller, (*supra*, note 445), p. 816, par. 35.

⁵⁵¹ Voir l'article 23, par. 1, de la Convention de Vienne de 1986, selon lequel les réserves doivent être «formulées par écrit et communiquées aux États contractants et aux organisations contractantes et aux autres États et autres organisations internationales ayant qualité pour devenir parties au traité». Voir aussi la directive 2.1.5 et les paragraphes 1) à 16) de son commentaire, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, p. 87 à 95.

⁵⁵² Voir D. Müller, (*supra*, note 445), p. 816, par. 36, voir aussi le projet d'article 10, par. 5, de J. L. Brierly, [Premier] Rapport sur le droit des traités, A/CN.4/23, par. 100; pour la version anglaise, voir *Yearbook ... 1950*, vol. II, p. 241, par. 100.

8) À vrai dire, cette distinction doctrinale n'a guère d'intérêt en pratique. Il suffit, à des fins pratiques, de distinguer les États et organisations internationales qui disposent d'un délai de douze mois pour faire une objection de ceux qui, n'étant pas encore parties au traité au moment de la formulation de la réserve, disposent d'un délai de réflexion jusqu'au jour de l'expression de leur consentement à être liés par le traité – ce qui ne les empêche cependant pas de formuler une acceptation ou une objection avant cette date⁵⁵³. Mais il s'agit là d'un problème de délai, non de définition.

9) Une autre question tient à la définition même des acceptations tacites. On peut en effet se demander si, dans certains cas, une objection à une réserve n'équivaut pas à une acceptation tacite de celle-ci. Cette question paradoxale découle de la rédaction du paragraphe 4 b) de l'article 20. Aux termes de celui-ci:

«L'objection faite à une réserve par un État contractant ou par une organisation internationale contractante n'empêche pas le traité d'entrer en vigueur entre l'État ou l'organisation qui a formulé l'objection et l'État ou l'organisation auteur de la réserve, à moins que l'intention contraire n'ait été nettement exprimée par l'État ou par l'organisation qui a formulé l'objection.».

Il en résulte vraisemblablement que, dans l'hypothèse où l'auteur de l'objection ne s'oppose pas à l'entrée en vigueur du traité entre lui-même et l'État réservataire, une objection produit les mêmes effets qu'une acceptation de la réserve, au moins en ce qui concerne l'entrée en vigueur du traité (et, probablement, l'«établissement» de la réserve elle-même). Cette question, qui est loin de ne relever que de l'hypothèse d'école, concerne cependant au premier chef le problème des effets respectifs des acceptations et des objections aux réserves.

10) La directive 2.8 limite aux seuls États ou organisations contractants la qualité d'auteurs potentiels d'une acceptation tacite. Ceci trouve une justification dans l'article 20, paragraphe 4, qui ne prend en considération que les acceptations faites par un État contractant ou une organisation internationale contractante, d'une part, et l'article 20, paragraphe 5, qui ne fait jouer la présomption d'acceptation que pour les Parties contractantes au traité. Ainsi, un État ou une organisation internationale qui, le jour où la réserve est notifiée, n'est pas encore Partie contractante au traité, ne sera considéré comme

⁵⁵³ Voir aussi *supra*, les commentaires de la directive 2.6.5, par. 8) et 9), et de la directive 2.6.13, par. 8) et 9).

ayant accepté la réserve que le jour où il exprime son consentement à être lié, c'est-à-dire le jour où il devient définitivement un État contractant ou une organisation contractante.

11) La question se présente cependant différemment en ce qui concerne les acceptations des réserves aux actes constitutifs des organisations internationales qui sont envisagées au paragraphe 3 du même article, d'une part, et pour les acceptations expresses, d'autre part. S'agissant de ce dernier cas, rien n'empêche un État ou une organisation internationale qui n'a pas encore exprimé son consentement à être lié par le traité de faire une déclaration expresse acceptant une réserve formulée par un autre État, sans que cette acceptation expresse puisse produire les mêmes effets juridiques que ceux prévus par l'article 20, paragraphe 4, pour les acceptations faites par des États ou des organisations internationales contractants. Il en va de même d'éventuelles acceptations expresses par un État ou une organisation internationale d'une réserve à l'acte constitutif d'une organisation internationale: rien n'empêche que de telles acceptations soient formulées mais il est exclu qu'elles produisent les mêmes effets que l'acceptation d'une réserve à un traité ne présentant pas ce caractère.

12) Au demeurant, il résulte tant du texte des Conventions de Vienne que de leurs travaux préparatoires et de la pratique que l'acceptation tacite est la règle et l'acceptation expresse l'exception. La directive 2.8 est cependant purement descriptive et n'a pas vocation à établir les cas dans lesquels il est possible ou nécessaire de recourir à l'une ou à l'autre des deux formes d'acceptations envisageables.

CHAPITRE VII

RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

A. Introduction

125. À sa cinquante-quatrième session (2002), la Commission a décidé d'inscrire le sujet «La responsabilité des organisations internationales» à son programme de travail et a désigné M. Giorgio Gaja Rapporteur spécial sur le sujet⁵⁵⁴. À la même session, la Commission a constitué un groupe de travail sur le sujet. Dans son rapport⁵⁵⁵, le Groupe de travail a brièvement examiné le champ du sujet, le rapport entre le nouveau projet et le projet d'articles sur «La responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite», les questions relatives à l'attribution, les questions relatives à la responsabilité des États membres à raison d'un comportement qui est attribué à une organisation internationale, ainsi que les questions relatives au contenu de la responsabilité internationale, à la mise en œuvre de la responsabilité et au règlement des différends. À la fin de sa cinquante-quatrième session, la Commission a adopté le rapport du Groupe de travail⁵⁵⁶.

126. De sa cinquante-cinquième session (2003) à sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a reçu et examiné cinq rapports du Rapporteur spécial⁵⁵⁷ et a adopté provisoirement les projets d'articles 1^{er} à 45 [44]⁵⁵⁸.

⁵⁵⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 461 à 463. À sa cinquante-deuxième session (2000), la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail à long terme le sujet «La responsabilité des organisations internationales» (*Ibid.*, cinquante-cinquième session, Supplément n° 10 (A/55/10), par. 729). L'Assemblée générale, au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000, a pris acte de la décision de la Commission concernant le programme de travail à long terme, ainsi que du plan d'étude du nouveau sujet annexé au rapport de la Commission sur les travaux de sa session de 2000. Au paragraphe 8 de sa résolution 56/82 du 12 décembre 2001, l'Assemblée générale a prié la Commission de commencer l'étude du sujet «La responsabilité des organisations internationales».

⁵⁵⁵ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10 et Corr.1)*, par. 465 à 488.

⁵⁵⁶ *Ibid.*, par. 464.

⁵⁵⁷ A/CN.4/532 (Premier rapport), A/CN.4/541 (Deuxième rapport), A/CN.4/553 (Troisième rapport), A/CN.4/564 et Add.1 et 2 (Quatrième rapport) et A/CN.4/583 (Cinquième rapport).

⁵⁵⁸ Les projets d'articles 1^{er} à 3 ont été adoptés à la cinquante-cinquième session (2003), les projets d'articles 4 à 7 à la cinquante-sixième session (2004), les projets d'articles 8 à 16 [15] à la cinquante-septième session (2005), les projets d'articles 17 à 30 à la cinquante-huitième session (2006) et les projets d'articles 31 à 45 [44] à la cinquante-neuvième session (2007).

B. Examen du sujet à la présente session

127. À la présente session, la Commission était saisie du sixième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/597) ainsi que des observations écrites reçues jusque-là d'organisations internationales⁵⁵⁹.

128. La Commission a examiné le sixième rapport du Rapporteur spécial à ses 2960^e à 2964^e séances tenues du 9 au 16 mai 2008. À sa 2964^e séance, le 16 mai 2008, elle a renvoyé les projets d'articles 46 à 51 au Comité de rédaction. Lors de la même séance, elle a constitué un groupe de travail présidé par M. Enrique Candioti, chargé d'examiner la question des contre-mesures et l'opportunité d'inclure dans le projet d'articles une disposition sur la recevabilité des demandes.

129. Sur la recommandation du Groupe de travail, la Commission, à sa 2968^e séance, le 29 mai 2008, a renvoyé au Comité de rédaction un projet d'article 47 *bis* supplémentaire sur la recevabilité des demandes⁵⁶⁰.

130. Une majorité de ses membres étant en faveur de l'inclusion dans le projet d'articles de dispositions régissant la question des contre-mesures, le Groupe de travail a traité d'un certain nombre de questions y relatives. Il a d'abord examiné si, et dans quelle mesure, la condition juridique des membres d'une organisation internationale devait être distinguée de celle des non-membres à cet égard. Il est parvenu à la conclusion qu'un nouveau projet d'article devrait être incorporé, où il serait déclaré qu'un membre lésé d'une organisation internationale ne peut prendre de contre-mesures contre l'organisation tant que les règles de cette organisation offrent des moyens raisonnables d'assurer le respect par

⁵⁵⁹ Donnant suite aux recommandations de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10* (A/57/10 et Corr.1), par. 464 et 488, et *ibid.*, cinquante-huitième session, *Supplément n° 10* (A/58/10), par. 52), le secrétariat avait, chaque année, communiqué le chapitre pertinent du rapport de la Commission à des organisations internationales en leur demandant de faire connaître leurs observations et de fournir à la Commission tous éléments d'information pertinents dont elles disposeraient sur la question. Pour les observations de gouvernements et d'organisations internationales, voir A/CN.4/545, A/CN.4/547, A/CN.4/556, A/CN.4/568 et Add.1, A/CN.4/582, et A/CN.4/593 et Add.1.

⁵⁶⁰ Le projet d'article 47 *bis*, tel que rédigé par le Rapporteur spécial, se lit comme suit:

Recevabilité de la demande

1. L'État lésé ne peut pas invoquer la responsabilité d'une organisation internationale si la demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations.

2. L'État lésé ou l'organisation internationale lésée ne peut pas invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale si la demande est soumise aux règles applicables en matière d'épuisement des voies de recours internes et que toute voie de recours interne disponible et efficace n'a pas été épuisée.

l'organisation des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie du projet d'articles. En deuxième lieu, le Groupe de travail est convenu que le projet d'articles devrait préciser qu'il convenait que les contre-mesures soient prises d'une manière respectueuse de la spécificité de l'organisation visée. Enfin, le Groupe de travail a recommandé que le projet d'articles ne traite pas de la possibilité pour une organisation régionale d'intégration économique de prendre des contre-mesures au nom de l'un de ses membres lésés.

131. À sa 2978^e séance, le 15 juillet 2008, la Commission a reçu le rapport oral du Groupe de travail, dont le Président du Groupe de travail a donné lecture. La Commission a renvoyé les projets d'articles 52 à 57, paragraphe 1, au Comité de rédaction en même temps que les recommandations du Groupe de travail.

132. La Commission a examiné et adopté le rapport du Comité de rédaction sur les projets d'articles 46 à 53 à sa 2971^e séance, le 4 juin 2008. À sa 2989^e séance, le 4 août 2008, la Commission a adopté le titre du premier chapitre de la troisième partie du projet d'articles (voir sect. C.1 ci-après).

133. À sa 2993^e séance, le 6 août 2008, la Commission a adopté les commentaires des projets d'articles (voir sect. C.2 ci-après).

134. À sa 2989^e séance, le 4 août 2008, la Commission a reçu le rapport du Comité de rédaction et pris acte des projets d'articles 54 à 60 sur les contre-mesures, tels qu'adoptés provisoirement par le Comité de rédaction.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son sixième rapport

135. Avant de présenter son sixième rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il traiterait dans son septième rapport de certaines questions en suspens, comme les dispositions finales du projet d'articles et la place du chapitre sur la responsabilité d'un État à raison d'un fait commis par une organisation internationale. Le septième rapport serait également l'occasion de répondre aux observations des États et des organisations internationales sur les projets d'articles adoptés à titre provisoire par la Commission et, si nécessaire, de proposer des modifications à leur apporter.

136. Le sixième rapport du Rapporteur spécial, qui portait sur la mise en œuvre de la responsabilité des organisations internationales, suivait le schéma général des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, comme c'était déjà le cas des rapports précédents. Conformément à l'approche suivie dans la deuxième partie du projet d'articles, les projets d'articles sur la mise en œuvre de la responsabilité internationale ne traitaient que de l'invocation de la responsabilité d'une organisation internationale par un État ou par une autre organisation internationale. En outre, la mise en œuvre de la responsabilité d'un État à l'égard d'une organisation internationale se situait hors du champ d'application du projet d'articles.

137. Le projet d'article 46⁵⁶¹ donnait une définition de l'État ou de l'organisation internationale «lésé», selon les mêmes critères que ceux énoncés à l'article 42 sur la responsabilité de l'État.

⁵⁶¹ Le projet d'article 46 se lit comme suit:

**Invocation de la responsabilité par l'État
ou l'organisation internationale lésé**

Un État ou une organisation internationale est en droit en tant que partie lésée d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale si l'obligation violée est due:

- a) À cet État ou à cette organisation internationale individuellement; ou
- b) À un groupe de parties comprenant cet État ou cette organisation internationale, ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation:
 - i) Atteint spécialement cet État ou cette organisation internationale; ou
 - ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de toutes les parties auxquelles l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

138. Les projets d'articles 47⁵⁶² et 48⁵⁶³ étaient calqués, avec des adaptations mineures, sur les dispositions correspondantes relatives à la responsabilité de l'État. La question se posait de savoir si le projet d'articles devait contenir une disposition similaire à l'article 44 sur la responsabilité de l'État, concernant la nationalité des réclamations et l'épuisement des recours internes. De l'avis du Rapporteur spécial, étant donné que les situations dans lesquelles ces conditions seraient applicables à la mise en œuvre de la responsabilité d'une organisation internationale étaient beaucoup plus limitées que dans le contexte des relations entre États, il était possible de ne pas inclure une disposition sur la nationalité des réclamations et l'épuisement des voies de recours internes dans le projet d'articles.

139. Les projets d'articles 49⁵⁶⁴ et 50⁵⁶⁵, concernant, respectivement, la pluralité d'entités lésées et la pluralité d'entités responsables, ont été alignés sur les articles correspondants

⁵⁶² Le projet d'article 47 se lit comme suit:

Notification par l'État ou l'organisation internationale lésé

1. L'État lésé qui invoque la responsabilité d'une organisation internationale notifie sa demande à celle-ci.
2. L'organisation internationale lésée qui invoque la responsabilité d'une autre organisation internationale notifie sa demande à celle-ci.
3. L'État ou l'organisation internationale lésé peut préciser en particulier:
 - a) Le comportement que doit adopter l'organisation internationale responsable pour mettre fin au fait illicite, si ce fait continue;
 - b) La forme que doit prendre la réparation conformément aux dispositions de la deuxième partie.

⁵⁶³ Le projet d'article 48 se lit comme suit:

Renonciation au droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité d'une organisation internationale ne peut pas être invoquée si:

- a) L'État ou l'organisation internationale lésé a valablement renoncé à sa demande; ou
- b) L'État ou l'organisation internationale lésé doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'extinction de la demande.

⁵⁶⁴ Le projet d'article 49 se lit comme suit:

Pluralité d'entités lésées

Lorsque plusieurs entités sont lésées par le même fait internationalement illicite d'une organisation internationale, chaque État ou organisation internationale lésé peut invoquer séparément la responsabilité de l'organisation internationale qui a commis le fait internationalement illicite.

⁵⁶⁵ Le projet d'article 50 se lit comme suit:

Pluralité d'entités responsables

1. Lorsqu'une organisation internationale et un ou plusieurs États ou une ou plusieurs autres organisations sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque entité responsable peut être invoquée à raison de ce fait. Toutefois, si la responsabilité d'une entité n'est que subsidiaire, elle ne peut être invoquée que dans la mesure où l'invoque de la responsabilité principale n'a pas abouti à une réparation.

sur la responsabilité de l'État, avec cependant une référence spéciale aux cas où la responsabilité d'un membre d'une organisation internationale n'est que subsidiaire.

140. Le projet d'article 51⁵⁶⁶, concernant l'invocation de la responsabilité par une entité autre qu'un État ou une organisation internationale lésé, était fondé sur l'article 48 du texte sur la responsabilité de l'État. Toutefois, certaines adaptations ont été faites au sujet du droit d'une organisation internationale d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale pour la violation d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble. Au vu des commentaires reçus des États et des organisations internationales, l'existence de ce droit semblait dépendre du fait que l'organisation ait ou non pour mandat de protéger l'intérêt général sous-tendant l'obligation en question. Cette limitation était formulée au paragraphe 3 du projet d'article 51.

2. Le paragraphe 1:

- a) Ne permet à aucun État ou organisation internationale lésé de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il ou elle a subi;
- b) Est sans préjudice de tout droit de recours que l'entité fournissant la réparation peut avoir contre les autres entités responsables.

⁵⁶⁶ Le projet d'article 51 se lit comme suit:

**Invocation de la responsabilité par une entité autre qu'un État
ou une organisation internationale lésé**

1. Tout État ou toute organisation internationale autre qu'un État ou une organisation internationale lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'une organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à un groupe d'entités dont l'État ou l'organisation qui invoque la responsabilité fait partie et est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe.
2. Tout État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'une organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.
3. Toute organisation internationale qui n'est pas une organisation lésée est en droit d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble et si elle a reçu mandat de protéger l'intérêt de la communauté internationale qui sous-tend cette obligation.
4. Tout État ou toute organisation internationale en droit d'invoquer la responsabilité en application des paragraphes précédents peut demander de l'organisation internationale responsable:
 - a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition conformément à l'article 33;
 - b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément à la deuxième partie, dans l'intérêt de l'État ou de l'organisation internationale lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée.
5. Les conditions de l'invocation de la responsabilité par un État ou une organisation internationale lésé en application des articles 47 et 48 s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État ou une organisation internationale en droit d'invoquer la responsabilité en application des paragraphes qui précèdent.

141. Les projets d'articles 52⁵⁶⁷, 53⁵⁶⁸, 54⁵⁶⁹, 55⁵⁷⁰ et 56⁵⁷¹ sur les contre-mesures étaient

⁵⁶⁷ Le projet d'article 52 se lit comme suit:

Objet et limites des contre-mesures

1. Un État ou une organisation internationale lésé ne peut prendre de contre-mesures à l'encontre d'une organisation internationale responsable d'un fait internationalement illicite que pour amener cette organisation à s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie.
2. Les contre-mesures sont limitées à l'inexécution temporaire d'obligations internationales de l'État ou de l'organisation internationale prenant les mesures envers l'organisation internationale responsable.
3. Les contre-mesures doivent, autant que possible, être prises d'une manière qui permette la reprise de l'exécution des obligations en question.
4. Lorsqu'une organisation internationale est responsable d'un fait internationalement illicite, un membre lésé de cette organisation ne peut prendre de contre-mesures contre elle que si cela ne contrevient pas aux règles de l'organisation.
5. Lorsque l'organisation internationale responsable d'un fait internationalement illicite est membre de l'organisation internationale lésée, celle-ci ne peut prendre de contre-mesures contre son membre que si cela n'est pas incompatible avec ses propres règles.

⁵⁶⁸ Le projet d'article 53 se lit comme suit:

Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

1. Les contre-mesures ne peuvent porter aucune atteinte:
 - a) À l'obligation de ne pas recourir à la menace ou à l'emploi de la force telle qu'elle est énoncée dans la Charte des Nations Unies;
 - b) Aux obligations concernant la protection des droits fondamentaux de l'homme;
 - c) Aux obligations de caractère humanitaire excluant les représailles;
 - d) Aux autres obligations découlant des normes impératives du droit international général.
2. L'État ou l'organisation internationale qui prend des contre-mesures n'est pas dégagé des obligations qui lui incombent:
 - a) En vertu de toute procédure de règlement des différends applicable entre l'État ou l'organisation internationale lésé et l'organisation internationale responsable;
 - b) De respecter l'inviolabilité des agents de l'organisation internationale responsable et des locaux, archives et documents de cette organisation.

⁵⁶⁹ Le projet d'article 54 se lit comme suit:

Proportionnalité

Les contre-mesures doivent être proportionnelles au préjudice subi, compte tenu de la gravité du fait internationalement illicite et des droits en cause.

⁵⁷⁰ Le projet d'article 55 se lit comme suit:

Conditions du recours à des contre-mesures

1. Avant de prendre des contre-mesures, un État ou une organisation internationale lésé doit:
 - a) Demander à l'organisation internationale responsable, conformément à l'article 47, de s'acquitter des obligations qui lui incombent en vertu de la deuxième partie;
 - b) Notifier à l'organisation internationale responsable toute décision de prendre des contre-mesures et offrir de négocier avec cette organisation.
2. Nonobstant le paragraphe 1 b), l'État ou l'organisation internationale lésé peut prendre les contre-mesures urgentes qui sont nécessaires pour préserver ses droits.
3. Des contre-mesures ne peuvent être prises, et les mesures déjà prises doivent être suspendues sans retard indu si:

fondés sur les articles correspondants relatifs à la responsabilité de l'État. Il ne semblait pas y avoir de raison d'exclure, en termes généraux, la possibilité pour un État lésé de prendre des contre-mesures contre une organisation internationale responsable. En outre, s'il existait dans la pratique quelques cas de contre-mesures prises par des organisations internationales contre des États responsables, plusieurs États avaient exprimé l'opinion, dans leurs commentaires adressés à la Commission, qu'une organisation lésée pourrait, en principe, recourir à des contre-mesures dans les mêmes conditions que celles applicables aux États. Il était cependant peu probable, dans les relations entre une organisation internationale et ses membres, que les contre-mesures soient applicables. C'est pourquoi une exception a été prévue aux paragraphes 4 et 5 du projet d'article 52.

142. Le projet d'article 57⁵⁷² traitait de deux questions distinctes. Le paragraphe 1, qui correspondait *mutatis mutandis* à l'article 54 du texte sur la responsabilité de l'État, était une clause «sans préjudice» concernant les «mesures licites» prises contre une organisation internationale responsable par un État ou une autre organisation internationale non «lésé» au sens du projet d'article 46. Dans ce même paragraphe, la référence au «paragraphe 1 de l'article 51» devait être remplacée par une référence aux «paragraphes 1 à 3 de l'article 51».

a) Le fait internationalement illicite a cessé; et

b) Le différend est en instance devant une cour ou un tribunal habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties.

4. Le paragraphe 3 ne s'applique pas si l'organisation internationale responsable ne met pas en œuvre de bonne foi les procédures de règlement des différends.

⁵⁷¹ Le projet d'article 56 se lit comme suit:

Cessation des contre-mesures

Il doit être mis fin aux contre-mesures dès que l'organisation internationale responsable s'est acquittée des obligations qui lui incombent à raison du fait internationalement illicite conformément à la deuxième partie.

⁵⁷² Le projet d'article 57 se lit comme suit:

Mesures prises par une entité autre qu'un État ou une organisation internationale lésé

1. Le présent chapitre ne porte pas préjudice au droit qu'a tout État et toute organisation internationale en droit selon le paragraphe 1 de l'article 51 d'invoquer la responsabilité d'une organisation internationale, de prendre des mesures licites contre cette organisation internationale pour faire cesser la violation et obtenir réparation dans l'intérêt de la partie lésée ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

2. Quand l'État ou l'organisation internationale lésé a transféré compétence sur certaines matières à une organisation régionale d'intégration économique dont il est membre, cette organisation peut, lorsqu'elle en est priée par son membre lésé, prendre au nom de ce membre, contre une organisation internationale responsable, des contre-mesures dans les matières en question.

143. Le paragraphe 2 du projet d'article 57 visait le cas où des membres d'une organisation régionale d'intégration économique auraient transféré à celle-ci la compétence exclusive sur certaines matières. Les membres de l'organisation n'étant dès lors plus en mesure de prendre des contre-mesures dans les matières en question, l'organisation serait autorisée, à la demande d'un membre lésé et en son nom, à prendre des contre-mesures contre une autre organisation, en respectant la condition de proportionnalité.

144. Après avoir adopté les projets d'articles sur les contre-mesures, la Commission serait en mesure de combler le vide laissé délibérément dans le chapitre sur les circonstances excluant l'illicéité, lorsqu'il avait été décidé de reporter la rédaction de l'article 19 jusqu'à ce que les questions concernant les contre-mesures eussent été examinées dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité d'une organisation internationale. Dans son septième rapport, le Rapporteur spécial examinerait la question supplémentaire de savoir si le projet d'article 19 devrait viser également les contre-mesures prises par une organisation internationale lésée contre un État responsable – question qui n'a pas été abordée dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité des organisations internationales.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

145. Certains membres ont souscrit à la suggestion du Rapporteur spécial d'examiner, avant d'en achever la première lecture, le texte des projets d'articles adoptés provisoirement, à la lumière de tous les commentaires disponibles des États et des organisations internationales. Selon un autre point de vue, il n'était pas bon que la Commission procède de la sorte, attendu qu'elle devrait, pour l'instant, se concentrer sur l'élaboration d'un ensemble cohérent de projets d'articles, sans se laisser influencer par des considérations politiques. La seconde lecture était l'occasion de prendre dûment en considération la position des États.

146. Certains membres ont suggéré de réunir la Commission et les conseillers juridiques des organisations internationales afin de débattre concrètement des questions soulevées par le présent sujet, dont celle des contre-mesures.

147. Selon un point de vue, il était regrettable que la question de la mise en œuvre par une organisation internationale lésée de la responsabilité de l'État auteur d'un fait internationalement illicite ne fût pas abordée dans les projets d'articles soumis par le Rapporteur spécial, ce qui laissait subsister une lacune regrettable dans le droit international de la responsabilité codifié par la Commission.

b) Contre-mesures

i) Observations générales

148. Les membres de la Commission ont exprimé différents points de vue sur les conditions dans lesquelles les organisations internationales pouvaient être la cible de contre-mesures ou recourir à des contre-mesures. Certains membres étaient opposés à l'inclusion de projets d'articles sur les contre-mesures, d'autres étaient favorables à l'élaboration de ce type de projets par la Commission. Plusieurs membres ont appuyé l'idée de créer un groupe de travail qui serait chargé d'examiner la question des contre-mesures.

149. Selon certains membres, il n'y avait aucune raison de confiner les contre-mesures aux relations interétatiques. À cet égard, il a été déclaré que certaines règles applicables aux relations interétatiques pourraient être étendues, par analogie, aux relations entre les États et les organisations internationales ou entre organisations internationales. Il a également été observé que les contre-mesures n'étaient qu'un moyen d'assurer le respect des obligations de l'organisation en matière de responsabilité. Il a été suggéré d'étendre les projets d'articles aux contre-mesures prises par une organisation internationale contre un État. Cependant, plusieurs membres ont invité la Commission à faire preuve de circonspection en matière de contre-mesures que pourraient prendre des organisations internationales ou qui pourraient être prises à leur encontre, compte tenu du peu de pratique en la matière, de l'incertitude entourant leur régime juridique et du risque d'abus qu'elles pourraient entraîner. On a aussi déclaré que les contre-mesures devraient demeurer quelque chose d'exceptionnel. Certains membres étaient d'avis qu'il ne devrait pas être possible de recourir à des contre-mesures dans les situations visées par les présents projets d'articles, d'autant que, selon eux, les contre-mesures n'auraient pas dû être acceptées non plus dans les articles sur la responsabilité de l'État. L'idée a été émise par ailleurs que l'examen de la possibilité qu'une organisation internationale recoure à des

contre-mesures devait être limité au cas de l'inexécution d'obligations contractuelles découlant de relations conventionnelles impliquant cette organisation.

150. Certains membres étaient d'avis que les relations entre une organisation internationale et ses membres devraient être traitées différemment, en matière de contre-mesures, des relations entre une organisation internationale et des non-membres.

151. Certains membres ont fait observer que l'élaboration de règles générales en la matière ne saurait se fonder sur la pratique au sein de l'Union européenne et dans les relations de celle-ci avec l'OMC. Dans le cas de l'Union européenne, certains membres pensaient que cela était dû à la spécificité de l'Union, entité caractérisée par une intégration économique poussée, tandis que d'autres membres soulignaient le fait que les États membres de l'Union européenne avaient perdu la capacité d'imposer des contre-mesures d'ordre économique. Dans le cas de l'Organisation mondiale du commerce, certains membres ont fait valoir que les représailles envisagées au sein du système de l'OMC étaient de nature contractuelle et relevaient d'un régime juridique spécial; on a aussi déclaré que ces représailles étaient soumises au droit des traités plutôt qu'au régime des contre-mesures.

152. Des points de vue divergents se sont exprimés quant à la question de savoir si l'on pouvait considérer les sanctions imposées par le Conseil de sécurité des Nations Unies comme des contre-mesures. Selon plusieurs membres, de telles sanctions étaient soumises à un régime différent et devaient de ce fait demeurer en dehors du champ du sujet. À l'appui de cette thèse, il a été fait référence à leur caractère punitif et au but principal recherché, qui était d'assurer le maintien de la paix et de la sécurité internationales plutôt que de faire respecter des obligations en droit international. D'après un autre point de vue, les sanctions imposées par le Conseil de sécurité pourraient être considérées, dans certaines situations, comme des contre-mesures par essence puisqu'elles étaient dirigées contre des États qui avaient violé le droit international, et avaient souvent pour objectif de mettre un terme à des actes internationalement illicites. La question a été aussi posée de savoir si, au cas où le Conseil de sécurité imposerait des sanctions illicites, les États visés seraient habilités à prendre des contre-mesures contre l'organisation et les États qui les mettaient en œuvre.

153. Il fallait voir, a-t-on dit, dans les mesures prises contre ses membres par une organisation internationale, conformément à ses règles internes, des sanctions plutôt que des contre-mesures. On a aussi fait observer qu'il fallait distinguer les contre-mesures d'autres types de mesures, y compris celles prises en cas de violation substantielle d'une obligation conventionnelle, régies par le droit des traités.

ii) Commentaires spécifiques sur les projets d'articles

154. Plusieurs membres ont dit appuyer, dans l'ensemble, les projets d'articles 52 à 56.

Projet d'article 52. Objet et limites des contre-mesures

155. En ce qui concerne le projet d'article 52, plusieurs membres ont souligné le rôle décisif joué par les règles de l'organisation lorsqu'il s'agissait de déterminer si une organisation pouvait recourir à des contre-mesures contre ses membres ou être elle-même la cible de contre-mesures de leur part. Il a été suggéré que les différends entre une organisation internationale et ses membres devraient, autant que faire se pouvait, se régler conformément aux règles et par le biais des procédures internes de l'organisation. On a aussi souligné que l'existence et le bon fonctionnement d'une organisation internationale ne devraient pas être menacés par des contre-mesures adoptées unilatéralement par les membres de cette organisation. S'agissant des contre-mesures prises par une organisation lésée, d'aucuns doutaient que la notion de pouvoirs implicites constitue une base suffisante pour fonder le droit d'une organisation internationale de recourir à des contre-mesures.

156. Certains membres ont soutenu la référence aux règles de l'organisation faite aux paragraphes 4 et 5 du projet d'article 52. Cependant, il a été suggéré de remanier le paragraphe 4 de façon à préciser que, de manière générale, un membre d'une organisation internationale qui se considérait lésé par l'organisation ne pouvait recourir à des contre-mesures que si cela était en conformité avec le caractère et les règles de l'organisation; la même formule devrait être insérée, *mutatis mutandis*, au paragraphe 5. D'après une autre proposition, les expressions «cela ne contrevient pas aux» et «cela n'est pas incompatible avec ses» utilisées aux paragraphes 4 et 5 devraient être remplacées respectivement par les expressions «cela est permis par les» et «cela est permis par ses». On a aussi suggéré d'ajouter un paragraphe 1 *bis*, limitant le pouvoir d'une organisation lésée de recourir à des contre-mesures au cas où ce pouvoir était consacré dans son instrument constitutif ou ses règles internes. Dans l'hypothèse où les règles de l'organisation ne traitaient pas des

contre-mesures, il a été proposé d'interdire, aux paragraphes 4 et 5, les contre-mesures qui porteraient atteinte de manière significative à la position de l'organisation visée ou en menaceraient le fonctionnement, voire l'existence.

157. Selon un autre point de vue, il faudrait revoir sérieusement le projet d'article 52 afin de limiter les contre-mesures prises par les organisations internationales au cas où des compétences avaient été transférées à l'organisation internationale et où celle-ci recourait à des contre-mesures dans l'exercice de ces compétences.

158. Certains membres ont convenu avec le Rapporteur spécial que les règles internes d'une organisation internationale n'avaient de pertinence que pour les relations entre cette organisation et ses membres; par contre, d'autres étaient d'avis que des non-membres pouvaient aussi exiger le respect de ses règles internes par une organisation internationale qui prenait des contre-mesures. Il a été proposé en particulier que le projet d'article 52 prévoie que l'État ou l'organisation internationale visé, qu'il soit ou non membre de l'organisation internationale qui recourait à des contre-mesures, soit habilité à contester la licéité de ces mesures si le mandat de cette organisation ne lui permettait pas de prendre des contre-mesures ou si l'organe qui avait recouru à ces mesures avait agi *ultra vires*.

Projet d'article 53. Obligations ne pouvant être affectées par des contre-mesures

159. En ce qui concerne le paragraphe 2 b) du projet d'article 53, on s'est demandé si cette disposition correspondait à la *lex lata* ou à la *lex ferenda*, et si elle s'appliquait à toutes les organisations internationales.

Projet d'article 55. Conditions du recours à des contre-mesures

160. Il a été proposé, au sujet du paragraphe 3 b) du projet d'article 55, d'étendre la portée de cette exception aux situations où un différend était en instance devant un organe autre qu'une cour ou un tribunal, pour autant que cet organe soit habilité à rendre des décisions obligatoires pour les parties. Une telle disposition couvrirait aussi les mécanismes qui pourraient exister au sein d'une organisation internationale aux fins du règlement des différends entre l'organisation et ses membres.

Projet d'article 57. Mesures prises par une entité autre qu'un État ou une organisation internationale lésé

161. En ce qui concerne le projet d'article 57, il a été déclaré que ses deux paragraphes traitaient de questions qui étaient de nature trop différente pour figurer côte à côte. Certains membres ont dit appuyer le paragraphe 1 qui visait les mesures licites qu'un État ou une organisation internationale non lésé pouvait prendre contre une organisation internationale responsable. Il a été suggéré de reprendre, dans le projet d'article 57, l'exigence énoncée au paragraphe 3 du projet d'article 51, à savoir que l'organisation qui invoquait la responsabilité devait avoir reçu mandat de protéger l'intérêt de la communauté internationale qui sous-tendait l'obligation violée. Mais il a été déclaré que reprendre l'article 54 du texte sur la responsabilité des États n'était pas la seule option qui s'offrait à la Commission; en particulier, on s'est demandé si la Commission ne pourrait pas aller un peu plus loin et remplacer l'expression «mesures licites» par «contre-mesures».

162. Certains membres ont appuyé le paragraphe 2 du projet d'article 57 qui traitait des contre-mesures prises contre une organisation internationale responsable par une organisation régionale d'intégration économique à la demande d'un membre lésé qui avait transféré à cette organisation compétence exclusive sur certaines matières. Pourtant, selon certains membres, il n'y avait pas de raison valable de restreindre le champ d'application de cette disposition aux organisations régionales d'intégration économique et il a été suggéré d'étendre la portée de cette disposition à tous les cas où les États membres avaient transféré à une organisation internationale compétence pour agir en leur nom. D'autres membres se sont dits préoccupés par cette disposition, indiquant en particulier qu'elle entraînerait un risque grave d'abus et aurait pour effet de faire intervenir un plus grand nombre d'États que ceux initialement lésés par un fait internationalement illicite. Il a été proposé que ce projet d'article limite le droit d'une organisation internationale d'adopter des contre-mesures aux situations où ce droit était expressément prévu dans le mandat de l'organisation. Il a été proposé par ailleurs de limiter le droit d'une organisation d'adopter des contre-mesures conformément au paragraphe 2 du projet d'article 57 aux mesures que le membre aurait été habilité à prendre s'il les avait prises lui-même. S'il n'était pas possible de se mettre d'accord sur l'énoncé de ce paragraphe, il faudrait alors soit le supprimer, soit le remplacer par une clause «sans préjudice» visant les organisations régionales d'intégration économique.

3. Observations finales du Rapporteur spécial

163. Le Rapporteur spécial a constaté que la Commission était partagée sur le point de savoir s'il fallait inclure dans les projets d'articles un chapitre sur les contre-mesures et, dans l'affirmative, sur la portée du droit des organisations internationales de recourir à des contre-mesures. Un groupe de travail pourrait tenter de parvenir à un consensus sur ces questions. Si la Commission se contentait d'adopter une clause «sans préjudice», elle perdrait alors l'occasion de déclarer, comme le sous-entend le libellé actuel des paragraphes 4 et 5 du projet d'article 52, qu'en règle générale les contre-mesures n'avaient pas leur place dans les relations entre une organisation internationale et ses membres. Jamais une déclaration de cet ordre, dont le but était de circonscrire les contre-mesures, n'avait été énoncée de manière générale dans la pratique ou la doctrine.

C. Texte des projets d'articles sur la responsabilité des organisations internationales adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission

1. Texte des projets d'articles

164. Le texte des projets d'articles adoptés à ce jour à titre provisoire par la Commission est reproduit ci-après:

RESPONSABILITÉ DES ORGANISATIONS INTERNATIONALES

PREMIÈRE PARTIE

LE FAIT INTERNATIONALEMENT ILLICITE D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER

INTRODUCTION

Article premier⁵⁷³

Champ d'application du présent projet d'articles

1. Le présent projet d'articles s'applique à la responsabilité internationale d'une organisation internationale pour un fait qui est illicite en vertu du droit international.
2. Le présent projet d'articles s'applique aussi à la responsabilité internationale de l'État pour le fait internationalement illicite d'une organisation internationale.

⁵⁷³ Pour le commentaire de cet article, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-huitième session, Supplément n° 10 (A/58/10)*, p. 20 à 24.

Article 2⁵⁷⁴

Définition

Aux fins du présent projet d'articles, on entend par «organisation internationale» toute organisation instituée par un traité ou un autre instrument régi par le droit international et dotée d'une personnalité juridique internationale propre. Outre des États, une organisation internationale peut comprendre parmi ses membres des entités autres que des États.

Article 3⁵⁷⁵

Principes généraux

1. Tout fait internationalement illicite d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale.

2. Il y a fait internationalement illicite d'une organisation internationale lorsqu'un comportement consistant en une action ou une omission:

a) Est attribuable à l'organisation internationale en vertu du droit international; et

b) Constitue une violation d'une obligation internationale de cette organisation internationale.

CHAPITRE II⁵⁷⁶

ATTRIBUTION D'UN COMPORTEMENT À UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

Article 4⁵⁷⁷

Règle générale en matière d'attribution d'un comportement à une organisation internationale

1. Le comportement d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale dans l'exercice des fonctions de cet organe ou de cet agent est considéré comme un

⁵⁷⁴ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 24 à 31.

⁵⁷⁵ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 31 à 34.

⁵⁷⁶ Pour le commentaire de ce chapitre, voir *ibid.*, *cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, p. 100 à 103.

⁵⁷⁷ Pour le commentaire de cet article, voir *ibid.*, p. 104 à 109.

fait de cette organisation d'après le droit international, quelle que soit la position de l'organe ou de l'agent dans l'organisation.

2. Aux fins du paragraphe 1, le terme «agent» s'entend des fonctionnaires et des autres personnes ou entités par l'intermédiaire desquelles l'organisation agit⁵⁷⁸.

3. Les règles de l'organisation s'appliquent pour déterminer les fonctions de ses organes et agents.

4. Aux fins du présent article, l'expression «règles de l'organisation» s'entend notamment des actes constitutifs; des décisions, résolutions et autres actes de l'organisation adoptés conformément aux actes constitutifs; ainsi que de la pratique bien établie de l'organisation⁵⁷⁹.

Article 5⁵⁸⁰

Comportement des organes ou agents mis à la disposition d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale

Le comportement d'un organe d'un État ou d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale qui est mis à la disposition d'une autre organisation internationale est considéré comme un fait de cette dernière d'après le droit international pour autant qu'elle exerce un contrôle effectif sur ce comportement.

Article 6⁵⁸¹

Excès de pouvoir ou comportement contraire aux instructions

Le comportement d'un organe ou d'un agent d'une organisation internationale est considéré comme un fait de l'organisation d'après le droit international si cet organe ou cet agent agit en cette qualité, même si ce comportement outrepassé la compétence de cet organe ou de cet agent ou contrevient à ses instructions.

⁵⁷⁸ La place du paragraphe 2 sera peut-être modifiée à un stade ultérieur en vue de regrouper toutes les définitions dans l'article 2.

⁵⁷⁹ La place du paragraphe 4 sera peut-être modifiée à un stade ultérieur en vue de regrouper toutes les définitions dans l'article 2.

⁵⁸⁰ Pour le commentaire de cet article, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, p. 110 à 115.

⁵⁸¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 116 à 120.

Article 7⁵⁸²

Comportement reconnu et adopté comme sien par une organisation internationale

Un comportement qui n'est pas attribuable à une organisation internationale selon les articles précédents est néanmoins considéré comme un fait de cette organisation internationale d'après le droit international si, et dans la mesure où, cette organisation reconnaît et adopte ledit comportement comme sien.

CHAPITRE III⁵⁸³

Violation d'une obligation internationale

Article 8⁵⁸⁴

Existence de la violation d'une obligation internationale

1. Il y a violation d'une obligation internationale par une organisation internationale lorsqu'un fait de ladite organisation n'est pas conforme à ce qui est requis d'elle en vertu de cette obligation, quelle que soit l'origine ou la nature de celle-ci.
2. Le paragraphe 1 s'applique également à la violation d'une obligation relevant du droit international énoncée par une règle de l'organisation.

Article 9⁵⁸⁵

Obligation internationale en vigueur à l'égard d'une organisation internationale

Le fait d'une organisation internationale ne constitue pas une violation d'une obligation internationale à moins que l'organisation internationale ne soit liée par ladite obligation au moment où le fait se produit.

⁵⁸² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 120 à 122.

⁵⁸³ Pour le commentaire de ce chapitre, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10 (A/60/10)*, p. 84 et 85.

⁵⁸⁴ Pour le commentaire de cet article, voir *ibid.*, p. 85 à 88.

⁵⁸⁵ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 89.

Article 10⁵⁸⁶

Extension dans le temps de la violation d'une obligation internationale

1. La violation d'une obligation internationale par le fait d'une organisation internationale n'ayant pas un caractère continu a lieu au moment où le fait se produit, même si ses effets perdurent.
2. La violation d'une obligation internationale par le fait d'une organisation internationale ayant un caractère continu s'étend sur toute la période durant laquelle le fait continue et reste non conforme à l'obligation internationale.
3. La violation d'une obligation internationale requérant d'une organisation internationale qu'elle prévienne un événement donné a lieu au moment où l'événement survient et s'étend sur toute la période durant laquelle l'événement continue et reste non conforme à cette obligation.

Article 11⁵⁸⁷

Violation constituée par un fait composite

1. La violation d'une obligation internationale par une organisation internationale à raison d'une série d'actions ou d'omissions, définie dans son ensemble comme illicite, a lieu quand se produit l'action ou l'omission qui, conjuguée aux autres actions ou omissions, suffit à constituer le fait illicite.
2. Dans un tel cas, la violation s'étend sur toute la période débutant avec la première des actions ou omissions de la série et dure aussi longtemps que ces actions ou omissions se répètent et restent non conformes à l'obligation internationale.

⁵⁸⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 90.

⁵⁸⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*

CHAPITRE IV⁵⁸⁸

RESPONSABILITÉ D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE À RAISON DU FAIT D'UN ÉTAT OU D'UNE AUTRE ORGANISATION INTERNATIONALE

Article 12⁵⁸⁹

Aide ou assistance dans la commission du fait internationalement illicite

Une organisation internationale qui aide ou assiste un État ou une autre organisation internationale dans la commission du fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable pour avoir agi de la sorte dans le cas où:

- a) Ladite organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation.

Article 13⁵⁹⁰

Directives et contrôle dans la commission du fait internationalement illicite

Une organisation internationale qui donne des directives à un État ou à une autre organisation internationale et qui exerce un contrôle dans la commission du fait internationalement illicite par cet État ou cette organisation est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Ladite organisation agit ainsi en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cette organisation.

⁵⁸⁸ Pour le commentaire de ce chapitre, voir *ibid.*, p. 90 à 94.

⁵⁸⁹ Pour le commentaire de ce chapitre, voir *ibid.*, p. 94.

⁵⁹⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 95 à 97.

Article 14⁵⁹¹

Contrainte sur un État ou une autre organisation internationale

Une organisation internationale qui contraint un État ou une autre organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Le fait constituerait, en l'absence de contrainte, un fait internationalement illicite de l'État ou de l'organisation internationale soumis à la contrainte; et
- b) L'organisation internationale qui exerce la contrainte agit en connaissance des circonstances dudit fait.

Article 15 [16]⁵⁹²

Décisions, recommandations et autorisations adressées aux États membres et organisations internationales membres

1. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si elle adopte une décision obligeant un État membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale.
2. Une organisation internationale engage sa responsabilité internationale si:
 - a) Elle autorise un État membre ou une organisation internationale membre à commettre un fait qui serait internationalement illicite s'il était commis par elle et qui la soustrairait à une obligation internationale, ou si elle recommande à un État membre ou à une organisation internationale membre de commettre un tel fait; et
 - b) Cet État ou cette organisation internationale commet le fait en question en s'appuyant sur cette autorisation ou cette recommandation.
3. Les paragraphes 1 et 2 s'appliquent que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'État membre ou l'organisation internationale membre auquel s'adresse la décision, l'autorisation ou la recommandation.

⁵⁹¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 97 et 98.

⁵⁹² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 99 à 102. Le chiffre entre crochets renvoie à l'article correspondant dans le Troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/553).

Article 16 [15]⁵⁹³

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale de l'État ou de l'organisation internationale qui commet le fait en question, ou de tout autre État ou organisation internationale.

CHAPITRE V⁵⁹⁴

CIRCONSTANCES EXCLUANT L'ILLICÉITÉ

Article 17⁵⁹⁵

Consentement

Le consentement valide d'un État ou d'une organisation internationale à la commission par une autre organisation internationale d'un fait donné exclut l'illicéité de ce fait à l'égard de cet État ou de la première organisation pour autant que le fait reste dans les limites de ce consentement.

Article 18⁵⁹⁶

Légitime défense

L'illicéité du fait d'une organisation internationale est exclue si ce fait constitue une mesure licite de légitime défense prise en conformité avec les principes du droit international consacrés dans la Charte des Nations Unies.

⁵⁹³ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 103.

⁵⁹⁴ Pour le commentaire de ce chapitre, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, p. 275.

⁵⁹⁵ Pour le commentaire de cet article, voir *ibid.*, p. 276 et 277.

⁵⁹⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 277 à 279.

Article 19⁵⁹⁷

Contre-mesures

...^{*598}

Article 20⁵⁹⁹

Force majeure

1. L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à une obligation internationale de cette organisation est exclue si ce fait est dû à la force majeure, consistant en la survenance d'une force irrésistible ou d'un événement extérieur imprévu qui échappe au contrôle de l'organisation et fait qu'il est matériellement impossible, étant donné les circonstances, d'exécuter l'obligation.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si la situation de force majeure est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'organisation qui l'invoque; ou

b) Si l'organisation a assumé le risque que survienne une telle situation.

Article 21⁶⁰⁰

Détresse

1. L'illicéité du fait d'une organisation internationale non conforme à une obligation internationale de cette organisation internationale est exclue si l'auteur dudit fait n'a raisonnablement pas d'autre moyen, dans une situation de détresse, de sauver sa propre vie ou celle de personnes qu'il a la charge de protéger.

⁵⁹⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 279.

⁵⁹⁸ Le projet d'article 19 vise les contre-mesures prises par une organisation internationale en raison d'un fait internationalement illicite d'une autre organisation internationale ou d'un État en tant que circonstances excluant l'illicéité. Le texte de ce projet d'article sera rédigé à un stade ultérieur, au moment où les questions concernant les contre-mesures prises par une organisation internationale seront examinées dans le contexte de la mise en œuvre de la responsabilité d'une organisation internationale.

⁵⁹⁹ Pour le commentaire de cet article, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, p. 280 à 282.

⁶⁰⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 282 et 283.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas:

a) Si la situation de détresse est due, soit uniquement soit en conjonction avec d'autres facteurs, au comportement de l'organisation qui l'invoque; ou

b) Si ledit fait est susceptible de créer un péril comparable ou plus grave.

Article 22⁶⁰¹

État de nécessité

1. L'organisation internationale ne peut invoquer l'état de nécessité comme cause d'exclusion de l'illicéité d'un fait non conforme à l'une de ses obligations internationales que si ce fait:

a) Constitue pour l'organisation le seul moyen de protéger contre un péril grave et imminent un intérêt essentiel de la communauté internationale dans son ensemble que l'organisation, conformément au droit international, a pour fonction de protéger; et

b) Ne porte pas gravement atteinte à un intérêt essentiel de l'État ou des États à l'égard desquels l'obligation existe, ou de la communauté internationale dans son ensemble.

2. En tout cas, l'état de nécessité ne peut être invoqué par l'organisation internationale comme cause d'exclusion de l'illicéité:

a) Si l'obligation internationale en question exclut la possibilité d'invoquer l'état de nécessité; ou

b) Si l'organisation a contribué à la survenance de cette situation.

Article 23⁶⁰²

Respect de normes impératives

Aucune disposition du présent chapitre n'exclut l'illicéité de tout fait d'une organisation internationale qui n'est pas conforme à une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.

⁶⁰¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 284 à 286.

⁶⁰² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 287.

Article 24⁶⁰³

Conséquences de l'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité

L'invocation d'une circonstance excluant l'illicéité conformément au présent chapitre est sans préjudice:

- a) Du respect de l'obligation en question si, et dans la mesure où, la circonstance excluant l'illicéité n'existe plus;
- b) De la question de l'indemnisation de toute perte effective causée par le fait en question.

CHAPITRE (x)⁶⁰⁴

RESPONSABILITÉ D'UN ÉTAT À RAISON DU FAIT D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

Article 25⁶⁰⁵

Aide ou assistance d'un État dans la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale

Un État qui aide ou assiste une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable à raison de cette aide ou assistance dans le cas où:

- a) Il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

⁶⁰³ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 288.

⁶⁰⁴ La place de ce chapitre sera décidée ultérieurement. Pour le commentaire de ce chapitre, voir *ibid.*, p. 289 et 290.

⁶⁰⁵ Pour le commentaire de cet article, voir *ibid.*, p. 290 à 292.

Article 26⁶⁰⁶

Direction et contrôle exercés par un État sur la commission d'un fait internationalement illicite par une organisation internationale

Un État qui dirige et contrôle une organisation internationale dans la commission par celle-ci d'un fait internationalement illicite est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Il agit en connaissance des circonstances du fait internationalement illicite; et
- b) Le fait serait internationalement illicite s'il était commis par cet État.

Article 27⁶⁰⁷

Coercition exercée sur une organisation internationale par un État

Un État qui contraint une organisation internationale à commettre un fait est internationalement responsable de ce fait dans le cas où:

- a) Celui-ci constituerait, en l'absence de coercition, un fait internationalement illicite de cette organisation internationale; et
- b) Il agit en connaissance des circonstances du fait.

Article 28⁶⁰⁸

Responsabilité internationale en cas d'attribution de compétence à une organisation internationale

1. Un État membre d'une organisation internationale engage sa responsabilité internationale s'il se soustrait à l'une de ses obligations internationales en attribuant compétence à l'organisation relativement à cette obligation, et que l'organisation commet un fait qui, s'il avait été commis par cet État, aurait constitué une violation de cette obligation.

⁶⁰⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 292 et 293.

⁶⁰⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 293 et 294.

⁶⁰⁸ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 294 à 297.

2. Le paragraphe 1 s'applique que le fait en question soit ou non internationalement illicite pour l'organisation internationale.

Article 29⁶⁰⁹

Responsabilité d'un État membre d'une organisation internationale à raison du fait internationalement illicite de cette organisation

1. Sans préjudice des projets d'articles 25 à 28, un État membre d'une organisation internationale est responsable à raison d'un fait internationalement illicite de cette organisation dans le cas où:
- a) Il a accepté la responsabilité pour ce fait; ou
 - b) Il a conduit le tiers lésé à compter sur sa responsabilité.
2. Il est présumé que la responsabilité internationale de l'État en vertu du paragraphe premier a un caractère subsidiaire.

Article 30⁶¹⁰

Effet du présent chapitre

Le présent chapitre est sans préjudice de la responsabilité internationale, en vertu d'autres dispositions des présents projets d'articles, de l'organisation internationale qui commet le fait en question ou de toute autre organisation internationale.

DEUXIÈME PARTIE⁶¹¹

CONTENU DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE DE L'ORGANISATION INTERNATIONALE

⁶⁰⁹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 297 à 302.

⁶¹⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 302 et 303.

⁶¹¹ Pour le commentaire se rapportant à cette partie, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, p. 204.

CHAPITRE PREMIER

PRINCIPES GÉNÉRAUX

Article 31⁶¹²

Conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite

La responsabilité internationale de l'organisation internationale qui, conformément aux dispositions de la première partie, résulte d'un fait internationalement illicite comporte les conséquences juridiques qui sont énoncées dans la présente partie.

Article 32⁶¹³

Maintien du devoir d'exécuter l'obligation

Les conséquences juridiques d'un fait internationalement illicite prévues dans la présente partie n'affectent pas le maintien du devoir de l'organisation internationale responsable d'exécuter l'obligation violée.

Article 33⁶¹⁴

Cessation et non-répétition

L'organisation internationale responsable du fait internationalement illicite a l'obligation:

- a) D'y mettre fin si ce fait continue;
- b) D'offrir des assurances et des garanties de non-répétition appropriées si les circonstances l'exigent.

⁶¹² Pour le commentaire de cet article, voir *ibid.*, p. 205.

⁶¹³ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 205.

⁶¹⁴ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 206 et 207.

Article 34⁶¹⁵

Réparation

1. L'organisation internationale responsable est tenue de réparer intégralement le préjudice causé par le fait internationalement illicite.
2. Le préjudice comprend tout dommage, tant matériel que moral, résultant du fait internationalement illicite de l'organisation internationale.

Article 35⁶¹⁶

Non-pertinence des règles de l'organisation

1. L'organisation internationale responsable ne peut se prévaloir de ses règles pour justifier un manquement aux obligations qui lui incombent en vertu de la présente partie.
2. Le paragraphe 1 est sans préjudice de l'applicabilité des règles de l'organisation internationale pour ce qui est de la responsabilité de l'organisation à l'égard des États et organisations qui en sont membres.

Article 36⁶¹⁷

Portée des obligations internationales énoncées dans la présente partie

1. Les obligations de l'organisation internationale responsable énoncées dans la présente partie peuvent être dues à une autre organisation, à plusieurs organisations, à un État ou à plusieurs États, ou à la communauté internationale dans son ensemble, en fonction notamment de la nature et du contenu de l'obligation internationale violée et des circonstances de la violation.
2. La présente partie est sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'organisation internationale peut faire naître directement au profit de toute personne ou entité autre qu'un État ou une organisation internationale.

⁶¹⁵ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 208 et 209.

⁶¹⁶ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 209 et 210.

⁶¹⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 211 et 212.

CHAPITRE II

RÉPARATION DU PRÉJUDICE

Article 37⁶¹⁸

Formes de la réparation

La réparation intégrale du préjudice causé par le fait internationalement illicite prend la forme de restitution, d'indemnisation et de satisfaction, séparément ou conjointement, conformément aux dispositions du présent chapitre.

Article 38⁶¹⁹

Restitution

L'organisation internationale responsable du fait internationalement illicite a l'obligation de procéder à la restitution consistant dans le rétablissement de la situation qui existait avant que le fait illicite ne soit commis, dès lors et pour autant qu'une telle restitution:

- a) N'est pas matériellement impossible;
- b) N'impose pas une charge hors de toute proportion avec l'avantage qui dériverait de la restitution plutôt que de l'indemnisation.

Article 39⁶²⁰

Indemnisation

1. L'organisation internationale responsable du fait internationalement illicite est tenue d'indemniser le dommage causé par ce fait dans la mesure où ce dommage n'est pas réparé par la restitution.
2. L'indemnité couvre tout dommage susceptible d'évaluation financière, y compris le manque à gagner dans la mesure où celui-ci est établi.

⁶¹⁸ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 213.

⁶¹⁹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 214.

⁶²⁰ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 214 et 215.

Article 40⁶²¹

Satisfaction

1. L'organisation internationale responsable d'un fait internationalement illicite est tenue de donner satisfaction pour le préjudice causé par ce fait dans la mesure où il ne peut pas être réparé par la restitution ou l'indemnisation.
2. La satisfaction peut consister en une reconnaissance de la violation, une expression de regrets, des excuses formelles ou toute autre modalité appropriée.
3. La satisfaction ne doit pas être hors de proportion avec le préjudice et ne peut pas prendre une forme humiliante pour l'organisation internationale responsable.

Article 41⁶²²

Intérêts

1. Des intérêts sur toute somme principale due en vertu du présent chapitre sont payables dans la mesure nécessaire pour assurer la réparation intégrale. Le taux d'intérêt et le mode de calcul sont fixés de façon à atteindre ce résultat.
2. Les intérêts courent à compter de la date à laquelle la somme principale aurait dû être versée jusqu'au jour où l'obligation de payer est exécutée.

Article 42⁶²³

Contribution au préjudice

Pour déterminer la réparation, il est tenu compte de la contribution au préjudice due à l'action ou à l'omission, intentionnelle ou par négligence, de l'État ou de l'organisation internationale lésés ou de toute personne ou entité au titre de laquelle réparation est demandée.

⁶²¹ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 216 et 217.

⁶²² Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 218.

⁶²³ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 218.

Article 43^{624,625}

Mesures visant à assurer l'exécution effective de l'obligation de réparation

Les membres de l'organisation internationale responsable doivent prendre, conformément aux règles de l'organisation, toutes les mesures appropriées pour lui donner les moyens de s'acquitter effectivement de ses obligations en vertu du présent chapitre.

CHAPITRE III

VIOLATIONS GRAVES D'OBLIGATIONS DÉCOULANT DE NORMES IMPÉRATIVES DU DROIT INTERNATIONAL GÉNÉRAL

Article 44 [43]⁶²⁶

Application du présent chapitre

1. Le présent chapitre s'applique à la responsabilité internationale qui résulte d'une violation grave par une organisation internationale d'une obligation découlant d'une norme impérative du droit international général.
2. La violation d'une telle obligation est grave si elle dénote de la part de l'organisation internationale responsable un manquement flagrant ou systématique à l'exécution de l'obligation.

Article 45 [44]⁶²⁷

Conséquences particulières d'une violation grave d'une obligation en vertu du présent chapitre

1. Les États et les organisations internationales doivent coopérer pour mettre fin, par des moyens licites, à toute violation grave au sens de l'article 44 [43].

⁶²⁴ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 219.

⁶²⁵ Le texte ci-après a été proposé, discuté et appuyé par certains membres: «L'organisation internationale responsable prend toutes les mesures appropriées conformément à ses règles pour faire en sorte que ses membres lui donnent les moyens de s'acquitter effectivement de ses obligations en vertu du présent chapitre.».

⁶²⁶ Pour le commentaire, voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10)*, p. 217. Le numéro entre crochets renvoie à celui de l'article correspondant proposé par le Rapporteur spécial dans son Cinquième rapport (A/CN.4/583).

⁶²⁷ Pour le commentaire, voir *ibid.*, p. 223 à 225.

2. Aucun État ni aucune organisation internationale ne doit reconnaître comme licite une situation créée par une violation grave au sens de l'article 44 [43], ni prêter aide ou assistance au maintien de cette situation.

3. Le présent article est sans préjudice des autres conséquences prévues dans la présente partie et de toute conséquence supplémentaire que peut entraîner, d'après le droit international, une violation à laquelle s'applique le présent chapitre.

TROISIÈME PARTIE⁶²⁸

MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

CHAPITRE PREMIER

INVOCATION DE LA RESPONSABILITÉ D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

Article 46⁶²⁹

Invocation de la responsabilité par l'État lésé ou l'organisation internationale lésée

Un État ou une organisation internationale est en droit en tant qu'État lésé ou organisation lésée d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale si l'obligation violée est due:

- a) À cet État ou à cette organisation internationale individuellement; ou
- b) À un groupe d'États ou organisations internationales comprenant cet État ou cette organisation internationale, ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation:
 - i) Atteint spécialement cet État ou cette organisation internationale; ou
 - ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États et organisations internationales auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

⁶²⁸ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁶²⁹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

Article 47⁶³⁰

Notification par l'État lésé ou l'organisation internationale lésée

1. L'État lésé ou l'organisation internationale lésée qui invoque la responsabilité d'une autre organisation internationale notifie sa demande à celle-ci.
2. L'État lésé ou l'organisation internationale lésée peut préciser notamment:
 - a) Le comportement que devrait adopter l'organisation internationale responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue;
 - b) La forme que devrait prendre la réparation, conformément aux dispositions de la deuxième partie.

Article 48⁶³¹

Recevabilité de la demande

1. L'État lésé ne peut pas invoquer la responsabilité d'une organisation internationale si la demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations.
2. Lorsqu'une règle exigeant l'épuisement des voies de recours internes est applicable à une demande, l'État lésé ou l'organisation internationale lésée ne peut pas invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale si toute voie de recours disponible et efficace mise à disposition par cette organisation n'a pas été épuisée.

Article 49 [48]⁶³²

Perte du droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité d'une organisation internationale ne peut pas être invoquée si:

- a) L'État lésé ou l'organisation internationale lésée a valablement renoncé à la demande; ou

⁶³⁰ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁶³¹ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁶³² Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après. Le numéro entre crochets renvoie à celui de l'article correspondant proposé par le Rapporteur spécial dans son Sixième rapport (A/CN.4/597).

b) L'État lésé ou l'organisation internationale lésée doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Article 50 [49]⁶³³

Pluralité d'États ou organisations internationales lésés

Lorsque plusieurs États ou organisations internationales sont lésés par le même fait internationalement illicite d'une organisation internationale, chaque État lésé ou organisation internationale lésée peut invoquer séparément la responsabilité de l'organisation internationale pour le fait internationalement illicite.

Article 51 [50]⁶³⁴

Pluralité d'États ou organisations internationales responsables

1. Lorsqu'une organisation internationale et un ou plusieurs États ou une ou plusieurs autres organisations sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État ou organisation internationale peut être invoquée par rapport à ce fait.

2. Une responsabilité subsidiaire, comme dans le cas prévu au projet d'article 29, peut être invoquée dans la mesure où l'invocation de la responsabilité principale n'a pas abouti à une réparation.

3. Les paragraphes 1 et 2:

a) Ne permettent à aucun État lésé ou organisation internationale lésée de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il ou elle a subi;

b) Sont sans préjudice de tout droit de recours que l'État ou organisation internationale fournissant la réparation peut avoir à l'égard des autres États ou organisations internationales responsables.

⁶³³ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁶³⁴ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

Article 52 [51]⁶³⁵

Invocation de la responsabilité par un État ou une organisation internationale autre qu'un État lésé ou une organisation internationale lésée

1. Un État ou une organisation internationale autre qu'un État lésé ou une organisation internationale lésée est en droit d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à un groupe d'États ou organisations internationales dont l'État ou l'organisation qui invoque la responsabilité fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe.
2. Un État autre qu'un État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'une organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.
3. Une organisation internationale qui n'est pas une organisation internationale lésée est en droit d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble et si la sauvegarde de l'intérêt de la communauté internationale qui sous-tend l'obligation violée rentre dans les fonctions de l'organisation internationale qui invoque la responsabilité.
4. Un État ou une organisation internationale en droit d'invoquer la responsabilité en vertu des paragraphes 1 à 3 peut exiger de l'organisation internationale responsable:
 - a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément au projet d'article 33; et
 - b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément à la deuxième partie, dans l'intérêt de l'État lésé ou de l'organisation internationale lésée ou des bénéficiaires de l'obligation violée.

⁶³⁵ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

5. Les conditions de l'invocation de la responsabilité par un État lésé ou une organisation internationale lésée en application des projets d'articles 47, 48, paragraphe 2, et 49 s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État ou une organisation internationale en droit de le faire en vertu des paragraphes 1 à 4.

Article 53⁶³⁶

Portée de cette partie

La présente partie est sans préjudice du droit que peut avoir une personne ou entité autre qu'un État ou une organisation internationale d'invoquer la responsabilité internationale d'une organisation internationale.

2. Texte des projets d'articles et commentaires y relatifs adoptés par la Commission à sa soixantième session

165. Le texte des projets d'articles et des commentaires y relatifs adoptés à titre provisoire par la Commission à sa soixantième session est reproduit ci-après:

TROISIÈME PARTIE

MISE EN ŒUVRE DE LA RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

1) La troisième partie du présent projet d'articles concerne la mise en œuvre de la responsabilité internationale des organisations internationales. Cette partie est subdivisée en deux chapitres, suivant l'économie générale des articles sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶³⁷. Le chapitre I traite de l'invocation de la responsabilité internationale et de certaines questions connexes, hormis les questions relatives aux recours qui peuvent être disponibles pour mettre en œuvre la responsabilité internationale. Au chapitre II, on examine les contremesures prises pour inciter l'organisation internationale responsable à cesser la conduite illicite et à fournir réparation.

2) Les questions relatives à la mise en œuvre de la responsabilité internationale sont examinées ici dans la mesure où elles concernent l'invocation de la responsabilité d'une organisation internationale. Ainsi, on examine dans les présents articles l'invocation de la responsabilité d'un État ou d'une organisation internationale, mais l'on n'y traite pas de questions relatives à l'invocation de responsabilité des États. Cependant, une disposition

⁶³⁶ Pour le commentaire, voir sect. C.2 ci-après.

⁶³⁷ *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 26 à 31.

(l'article 51) mentionne le cas dans lequel un ou plusieurs États et une ou plusieurs organisations internationales sont responsables du même fait illicite.

CHAPITRE PREMIER

INVOCATION DE LA RESPONSABILITÉ D'UNE ORGANISATION INTERNATIONALE

Article 46

Invocation de la responsabilité par un État lésé ou une organisation internationale lésée

Un État ou une organisation internationale est en droit en tant qu'État lésé ou organisation internationale lésée d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale si l'obligation violée est due:

- a) À cet État ou à la première organisation internationale individuellement;
ou
- b) À un groupe d'États ou organisations internationales comprenant cet État ou la première organisation internationale, ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation:
 - i) Atteint spécialement cet État ou cette organisation internationale;
ou
 - ii) Est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États et organisations internationales auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation.

Commentaire

1) Le présent article définit les conditions dans lesquelles un État ou une organisation internationale est en droit d'invoquer la responsabilité en tant qu'État lésé ou organisation internationale lésée. Ceci entraîne le droit d'exiger de l'organisation internationale responsable qu'elle se conforme aux obligations qui sont énoncées dans la deuxième partie.

2) À l'alinéa *a*, on examine le cas le plus fréquent de responsabilité incombant à une organisation internationale, celui de la violation d'une obligation due à un État ou à une autre organisation internationale individuellement. Cet alinéa correspond à l'alinéa *a* de l'article 42 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶³⁸. Il semble clair que les conditions pour qu'un État invoque la responsabilité en tant qu'État

⁶³⁸ Ibid., p. 29.

lésé ne peuvent varier selon que l'entité responsable est un autre État ou une organisation internationale. De même, lorsqu'une organisation internationale doit une obligation à une autre organisation internationale à titre individuel, cette dernière, s'il y a violation, doit être considérée comme étant en droit d'invoquer la responsabilité en tant qu'organisation lésée.

3) La pratique relative au droit d'une organisation internationale d'invoquer la responsabilité internationale en raison d'un manquement à une obligation due à cette organisation individuellement concerne principalement les violations d'obligations qui sont perpétrées par des États. Les présents articles ne traitant pas de questions relatives à l'invocation de la responsabilité des États, cette pratique n'a donc ici de pertinence qu'indirecte. Les obligations violées auxquelles la pratique se réfère sont imposées soit par un traité soit par le droit international général. C'est dans ce dernier contexte que dans son avis consultatif en l'affaire *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, la Cour internationale de Justice a déclaré: «Il a été établi que l'Organisation a qualité pour présenter des réclamations sur le plan international.»⁶³⁹. Également dans le contexte des violations d'obligations en vertu du droit international général commises par un État, le Conseil d'administration de la Commission d'indemnisation des Nations Unies a prévu des indemnités en ce qui concerne «des pertes, dommages ou préjudices directs à la suite de l'invasion et de l'occupation illicites du Koweït par l'Iraq»⁶⁴⁰. Sur ce fondement, plusieurs entités définies expressément comme étant des organisations internationales se sont vu accorder, comme suite à leurs réclamations, des indemnités par un comité de commissaires: le Centre de recherche pédagogique des États arabes du Golfe, le Fonds arabe de développement économique et social, l'Institut arabe de planification, l'Institut commun de production de programmes des pays arabes du Golfe, l'Organisation des villes arabes et la Société interarabe de garantie des investissements⁶⁴¹.

4) Selon l'article 42 b) du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, un État est en droit en tant qu'État lésé d'invoquer la responsabilité d'un autre État si l'obligation violée est due à un groupe d'États ou à la communauté internationale dans son ensemble, et si la violation de l'obligation i) atteint

⁶³⁹ C.I.J. Recueil 1949, p. 184 et 185.

⁶⁴⁰ S/AC.26/1991/7/Rev.1, par. 34.

⁶⁴¹ Rapport et recommandations du Comité de commissaires concernant la sixième tranche de réclamations de la catégorie «F1», S/AC.26/2002/6, par. 213 à 371.

spécialement cet État, ou ii) est de nature à modifier radicalement la situation de tous les autres États auxquels l'obligation est due quant à l'exécution ultérieure de cette obligation⁶⁴². Le commentaire y relatif donne pour la première catégorie l'exemple d'un État côtier qui est particulièrement touché par la violation d'une obligation concernant la pollution de la haute mer⁶⁴³. En ce qui concerne la deuxième catégorie, la partie à un traité de désarmement ou à «tout autre traité dont l'exécution par chacune des parties dépend effectivement de son exécution par chacune des autres parties, et exige cette exécution»⁶⁴⁴.

5) Les violations de ce type, qui touchent rarement les États, ont encore moins de chances d'être pertinentes s'agissant des organisations internationales. On ne peut toutefois exclure qu'une organisation internationale puisse commettre une violation entrant dans l'une ou l'autre catégorie et qu'un État ou une organisation internationale soit alors en droit d'invoquer la responsabilité en tant qu'État lésé ou organisation internationale lésée. Il est donc préférable de prévoir dans le présent article la possibilité qu'un État ou une organisation internationale invoque la responsabilité d'une organisation internationale en tant qu'État lésé ou organisation internationale lésée dans des circonstances similaires. C'est ce qui est fait à l'alinéa *b* i) et ii).

6) Si dans le chapeau du présent article on parle de «la responsabilité d'une autre organisation internationale», cela est dû au fait que ce texte examine cumulativement l'invocation de la responsabilité par un État ou par une organisation internationale. La référence à «une autre» organisation internationale n'a pas pour objet d'exclure le cas dans lequel un État est lésé et une seule organisation internationale – l'organisation responsable – est impliquée. La référence à «un État» ou à «une organisation internationale» dans le même chapeau ne signifie pas non plus qu'une pluralité d'États ou organisations internationales ne puisse être lésée par le même fait internationalement illicite.

7) De même, la mention faite à l'alinéa *b* d'«un groupe d'États ou organisations internationales» n'implique pas nécessairement que le groupe comprenne à la fois des États et des organisations internationales ni qu'il doive y avoir une pluralité d'États ou d'organisations internationales. Ainsi, ce texte n'a pas pour objet d'inclure les cas suivants: l'obligation est due par l'organisation internationale responsable à un groupe

⁶⁴² *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 29.

⁶⁴³ *Ibid.*, p. 127, par. 12.

⁶⁴⁴ *Ibid.*, p. 127, par. 13.

d'États; l'obligation est due à un groupe d'autres organisations; l'obligation est due à un groupe composé à la fois d'États et d'organisations, mais pas nécessairement d'une pluralité d'États ou d'une pluralité d'organisations.

Article 47

Notification par l'État lésé ou l'organisation internationale lésée

1. L'État lésé ou l'organisation internationale lésée qui invoque la responsabilité d'une autre organisation internationale notifie sa demande à celle-ci.
2. L'État lésé ou l'organisation internationale lésée peut préciser notamment:
 - a) Le comportement que devrait adopter l'organisation internationale responsable pour mettre fin au fait illicite si ce fait continue;
 - b) La forme que devrait prendre la réparation, conformément aux dispositions de la deuxième partie.

Commentaire

- 1) Cet article correspond à l'article 43 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶⁴⁵. En ce qui concerne la notification de l'invocation de la responsabilité internationale d'une organisation internationale, il n'y a guère de raisons d'envisager des modalités différentes de celles qui sont applicables lorsqu'un État lésé invoque la responsabilité d'un autre État. En outre, la même règle devrait s'appliquer, que l'entité invoquant la responsabilité soit un État ou une organisation internationale.
- 2) Le paragraphe 1 ne détermine pas quelle forme devrait prendre l'invocation de la responsabilité. Le fait que, conformément au paragraphe 2, l'État ou l'organisation internationale invoquant la responsabilité peut préciser certains éléments, et en particulier «la forme que devrait prendre la réparation» n'implique pas que l'organisation internationale responsable soit obligée de se conformer à ces spécifications.
- 3) Si le paragraphe 1 parle de l'organisation internationale responsable comme d'une «autre organisation internationale», ceci ne signifie pas que lorsque l'entité invoquant la responsabilité est un État, plusieurs organisations internationales doivent être impliquées.
- 4) Bien que le présent article fasse référence à «un État lésé ou une organisation internationale lésée», conformément au paragraphe 5 de l'article 52, la même règle s'applique à la notification lorsqu'un État ou une organisation internationale est en droit

⁶⁴⁵ Ibid., p. 29.

d'invoquer la responsabilité sans être un État lésé ou une organisation internationale lésée au sens de l'article 46.

Article 48

Recevabilité de la demande

1. L'État lésé ne peut pas invoquer la responsabilité d'une organisation internationale si la demande n'est pas présentée conformément aux règles applicables en matière de nationalité des réclamations.
2. Lorsqu'une règle exigeant l'épuisement des voies de recours internes est applicable à une demande, l'État lésé ou l'organisation internationale lésée ne peut pas invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale si toute voie de recours accessible et efficace mise à disposition par cette organisation n'a pas été épuisée.

Commentaire

1) Cet article correspond à l'article 44 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶⁴⁶. Il concerne la recevabilité de certaines catégories de réclamations que les États ou les organisations internationales peuvent présenter en invoquant la responsabilité internationale d'une organisation internationale. Au paragraphe 1, on examine les réclamations soumises à la règle de la nationalité des réclamations, tandis qu'au paragraphe 2, on traite des réclamations auxquelles s'applique la règle de l'épuisement des voies de recours internes.

2) La nationalité des réclamations est une condition qui s'applique aux États exerçant la protection diplomatique. Bien que l'article premier du texte sur la protection diplomatique définisse cette institution en ce qui concerne l'invocation par un État de la responsabilité d'un autre État «pour un préjudice causé par un fait internationalement illicite dudit État à une personne physique ou morale ayant la nationalité du premier État», cette définition est établie «[a]ux fins du [...] projet d'articles»⁶⁴⁷. Le fait que seules les relations entre États soient mentionnées est compréhensible compte tenu de ce que la protection diplomatique est en général pertinente dans ce contexte⁶⁴⁸. Cependant, la

⁶⁴⁶ Ibid., p. 30.

⁶⁴⁷ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, p. 17.

⁶⁴⁸ C'est aussi dans le contexte d'un différend entre deux États que la Cour internationale de Justice a estimé dans son arrêt sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* que la définition donnée à l'article premier des articles sur la protection diplomatique reflétait «le droit international coutumier»; *C.I.J. Recueil 2007*, par. 39 (également consultable à l'adresse <http://www.icj-cij.org/docket/files/103/13856.pdf>).

protection diplomatique pourrait être exercée également par un État à l'égard d'une organisation internationale, par exemple lorsqu'une organisation déploie des forces sur le territoire d'un État et que le comportement de ces forces aboutit à une violation d'une obligation prévue par le droit international concernant le traitement des individus.

3) La prescription selon laquelle une personne doit être un national pour pouvoir bénéficier de la protection diplomatique découle déjà implicitement de la définition citée au paragraphe précédent. Elle est exprimée au paragraphe 1 de l'article 3 des articles sur la protection diplomatique dans les termes suivants: «L'État en droit d'exercer la protection diplomatique est l'État de nationalité.»⁶⁴⁹.

4) Le paragraphe 1 du présent article ne concerne que l'exercice de la protection diplomatique par un État. Lorsqu'une organisation internationale émet une réclamation contre une autre organisation internationale, aucune prescription concernant la nationalité ne s'applique. En ce qui concerne la vocation de la responsabilité d'un État par une organisation internationale, la Cour internationale de Justice a déclaré dans son avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies* que «la question de [la] nationalité n'est pas pertinente pour l'admissibilité de la réclamation»⁶⁵⁰.

5) Le paragraphe 2 a trait à la règle de l'épuisement des voies de recours internes. En vertu du droit international, cette règle ne s'applique pas seulement aux réclamations concernant la protection diplomatique, mais aussi aux réclamations relatives au respect des droits de l'homme⁶⁵¹. Si la règle des voies de recours internes ne s'applique pas dans le cas de la protection fonctionnelle⁶⁵², lorsqu'une organisation internationale agit dans le but de protéger l'un de ses agents relativement à l'accomplissement de sa mission, cette organisation peut également faire porter sa réclamation sur «le dommage subi par la victime ou par ses ayants droit», comme la Cour internationale de Justice l'a dit dans son

⁶⁴⁹ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10), p. 17.

⁶⁵⁰ C.I.J. Recueil 1949, p. 186.

⁶⁵¹ Voir en particulier A. A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 1983), p. 46 à 56; C. F. Amerasinghe, *Local Remedies in International Law*, 2^e éd. (Cambridge: Cambridge University Press, 2004), p. 64 à 75; R. Pisillo Mazzeschi, *Esaurimento dei ricorsi interni e diritti umani* (Turin: Giappichelli, 2004). Ces auteurs se concentrent sur l'épuisement des recours internes dans le cas des réclamations fondées sur les traités relatifs aux droits de l'homme.

⁶⁵² Ce point a été souligné par J. Verhoeven, «Protection diplomatique, épuisement des voies de recours et juridictions européennes», *Droit du pouvoir, pouvoir du droit – Mélanges offerts à Jean Salmon* (Bruxelles: Bruylant, 2007), p. 1517.

avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*⁶⁵³. On peut considérer dans cette mesure que la prescription selon laquelle les voies de recours internes doivent être épuisées s'applique.

6) En ce qui concerne une organisation internationale responsable, la nécessité d'épuiser les voies de recours internes dépend des circonstances de la réclamation. Étant entendu que la prescription s'applique dans certains cas, il n'est pas nécessaire ici de définir plus précisément les cas dans lesquels la règle de l'épuisement des voies de recours internes s'appliquerait. Il semble que l'un des cas dans lesquels cette règle s'appliquerait clairement serait celui d'une réclamation portant sur le traitement réservé à un individu par une organisation internationale alors qu'elle administre un territoire. La règle de l'épuisement des voies de recours internes a également été invoquée s'agissant des recours offerts par l'Union européenne. On trouve un exemple de cette pratique dans une déclaration faite au nom de tous les États membres de l'Union européenne par le Directeur général du Service juridique de la Commission européenne devant le Conseil de l'Organisation de l'aviation civile internationale au sujet d'un différend entre ces États et les États-Unis concernant des mesures prises pour atténuer le bruit émanant des aéronefs. Les États membres de l'Union européenne soutenaient que la réclamation des États-Unis était irrecevable parce que les recours relatifs à la réglementation controversée de la Commission européenne n'avaient pas été épuisés, du fait que la mesure était à l'époque «attaquée devant les tribunaux nationaux d'États membres de l'Union européenne et devant la Cour européenne de justice»⁶⁵⁴. Cette pratique suggère que, qu'une réclamation soit adressée aux États membres de l'Union européenne, ou que la responsabilité de l'Union européenne soit invoquée, l'épuisement des recours existant au sein de l'Union européenne serait également nécessaire.

7) La nécessité d'épuiser les voies de recours internes en ce qui concerne les réclamations visant une organisation internationale est acceptée, au moins en principe, par la majorité des auteurs⁶⁵⁵. Dans la version anglaise, bien que l'expression «local remedies»

⁶⁵³ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 184.

⁶⁵⁴ «Déclarations et commentaires oraux sur la réponse des États-Unis», 15 novembre 2000 (A/CN.4/545), pièce jointe 18.

⁶⁵⁵ L'applicabilité de la règle de l'épuisement des recours internes aux réclamations adressées par des États à des organisations internationales est défendue par plusieurs auteurs: J.-P. Ritter, «La protection diplomatique à l'égard d'une organisation internationale», *Annuaire français de droit international*, vol. 8 (1962), p. 454 et 455; P. De Visscher, «Observations sur le fondement et la mise en œuvre du principe de la responsabilité de l'Organisation des Nations Unies», *Revue de droit international et de droit comparé*, vol. 40 (1963),

puisse sembler inappropriée dans ce contexte car elle semble renvoyer à des recours accessibles sur le territoire de l'entité responsable, elle est généralement utilisée dans les textes anglais en tant que terme technique et figure aussi en tant que tel au paragraphe 2.

8) Comme dans l'article 44 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, la condition relative à l'épuisement des voies de recours internes est subordonnée à l'existence de «toute voie de recours accessible et efficace». Cette condition a été élaborée plus avant par la Commission aux articles 14 et 15 des articles sur la protection diplomatique⁶⁵⁶, mais aux fins des présents articles, la description concise se révélera peut-être suffisante.

9) Si l'existence de voies de recours accessibles et efficaces au sein d'une organisation internationale est peut-être la prérogative d'un nombre limité seulement d'organisations, le paragraphe 2, par sa référence aux voies de recours «offertes par cette organisation», vise à englober également les voies de recours qui sont disponibles devant les tribunaux arbitraux, les juridictions ou organismes administratifs nationaux lorsque l'organisation

p. 174; R. Simmonds, «*Legal Problems Arising from the United Nations Military Operations in the Congo*» (La Haye: Martinus Nijhoff, 1968), p. 238; B. Amrallah, «The International Responsibility of the United Nations for Activities Carried out by the U. N.», *Revue égyptienne de droit international*, vol. 32 (1976), p. 67; L. Gramlich, «Diplomatic Protection Against Acts of Intergovernmental Organs», *German Yearbook of International Law*, vol. 27 (1984), p. 398 (moins catégoriquement); H. G. Schermers and N. M. Blokker, *International Institutional Law*, 3^e éd. (La Haye: Martinus Nijhoff, 1995), p. 1167 et 1168; P. Klein, *La responsabilité des organisations internationales dans les ordres juridiques internes et en droit des gens* (Bruxelles: Bruylant/Éditions de l'Université de Bruxelles, 1998), p. 534 et suiv.; C. Pitschas, *Die völkerrechtliche Verantwortlichkeit der Europäischen Gemeinschaften und ihrer Mitgliedstaaten* (Berlin: Duncker & Humblot, 2001), p. 250; K. Wellens, *Remedies against International Organizations* (Cambridge: Cambridge University Press, 2002), p. 66 et 67. La même opinion a été exprimée par l'Association de droit international dans son rapport final sur la responsabilité des organisations internationales, *Rapport de la soixante et onzième Conférence (Berlin)*, 2004, p. 213. C. Eagleton, «International Organization and the Law of Responsibility», *Recueil des Cours*, vol. 76 (1950-I), p. 395, estime que la règle de l'épuisement des recours internes ne serait pas applicable à une réclamation formulée à l'encontre de l'Organisation des Nations Unies, mais uniquement parce que «l'Organisation des Nations Unies n'est pas dotée d'un système judiciaire ni autres moyens de "recours internes" comme ceux dont disposent normalement les États». A. A. Cançado Trindade, «Exhaustion of Local Remedies and the Law of International Organizations», *Revue de droit international et de sciences diplomatiques*, vol. 57 (1979), p. 108, note que «lorsqu'une demande de dommages-intérêts est présentée contre une organisation internationale, l'application de la règle n'est pas exclue, mais le droit peut dans ce domaine encore se développer dans des directions différentes». L'opinion selon laquelle la règle de l'épuisement des recours internes devrait s'appliquer avec souplesse a été exprimée par M. Pérez González, «Les organisations internationales et le droit de la responsabilité», *Revue générale de droit international public*, vol. 92 (1988), p. 71. C. F. Amerasinghe, *Principles of the International Law of International Organizations*, 2^e éd. (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), p. 486, estimait que, comme les organisations internationales «n'ont pas de pouvoirs juridictionnels sur les individus en général», on peut «contester qu'elles offrent des recours internes adaptés. Ainsi, on voit mal comment la règle de l'épuisement des recours internes serait applicable; cette opinion, qui était déjà exprimée dans la première édition du même ouvrage, a été reprise par F. Vacas Fernández, *La responsabilidad internacional de Naciones Unidas* (Madrid: Dykinson, 2002), p. 139 et 140.

⁶⁵⁶ Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10), p. 20 et 21.

internationale en a accepté la compétence pour examiner les réclamations. Le lieu où s'exercent les voies de recours peut avoir une incidence sur leur efficacité relativement à l'individu concerné.

10) Comme dans d'autres dispositions, la référence à «une autre» organisation internationale au paragraphe 2 n'a pas pour objet d'écarter la possibilité que la responsabilité soit invoquée à l'égard d'une organisation internationale même lorsque qu'aucune autre organisation internationale n'est impliquée.

11) Le paragraphe 2 demeure pertinent lorsque que, selon l'article 52, la responsabilité est invoquée par un État ou une organisation internationale autre qu'un État lésé ou une organisation internationale lésée. Le paragraphe 5 de l'article 52 contient un renvoi au paragraphe 2 de l'article 48 à cet effet.

Article 49 [48]

Perte du droit d'invoquer la responsabilité

La responsabilité d'une organisation internationale ne peut pas être invoquée si:

- a) L'État lésé ou l'organisation internationale lésée a valablement renoncé à la demande; ou
- b) L'État lésé ou l'organisation internationale lésée doit, en raison de son comportement, être considéré comme ayant valablement acquiescé à l'abandon de la demande.

Commentaire

1) Le présent article est calqué sur le texte de l'article 45 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶⁵⁷, les mots «un État» étant remplacés par les mots «une organisation internationale» dans le chapeau, et les mots «ou l'organisation internationale lésée» étant ajoutés aux alinéas *a* et *b*.

2) Il est clair que pour un État lésé, la perte du droit d'invoquer la responsabilité ne peut guère dépendre de la question de savoir si l'entité responsable est un État ou une organisation internationale. En principe, une organisation internationale devrait elle aussi être considérée comme étant en mesure de renoncer à une réclamation ou d'acquiescer à l'abandon d'une réclamation. Il convient toutefois de noter que les caractéristiques

⁶⁵⁷ *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 30.

particulières des organisations internationales font qu'il est généralement difficile de déterminer l'organe compétent pour renoncer à une réclamation au nom de l'organisation et d'établir si l'organisation a acquiescé à l'abandon de cette réclamation. En outre, le consentement d'une organisation internationale peut demander un délai plus long que celui dont ont normalement besoin les États.

3) Les alinéas *a* et *b* précisent qu'une renonciation ou un acquiescement n'entraînent la perte du droit d'invoquer la responsabilité que s'ils ont été exprimés «valablement». Comme cela a été dit dans le commentaire relatif à l'article 17, ce terme «renvoie à des questions qui «relèvent de règles du droit international qui sont extérieures au cadre de la responsabilité des États», tel le point de savoir si l'organe ou la personne qui a donné le consentement était habilité à le faire au nom de l'État ou de l'organisation internationale, ou si le consentement a été vicié par la contrainte ou quelque autre facteur»⁶⁵⁸. Dans le cas d'une organisation internationale, pour être valables, les règles de l'organisation doivent être respectées. Cette condition peut toutefois être soumise à des limites telles que celles énoncées aux paragraphes 2 et 3 de l'article 46 de la Convention de Vienne sur le droit des traités entre États et organisations internationales ou entre organisations internationales⁶⁵⁹ en ce qui concerne la pertinence du respect des règles de l'organisation concernant la compétence pour conclure des traités, s'agissant de la nullité du traité par suite d'une infraction à ces règles.

4) Lorsqu'il y a pluralité d'États lésés ou d'organisations internationales lésées, la renonciation d'un ou de plusieurs États ou d'une ou de plusieurs organisations internationales n'a pas d'incidence sur le droit qu'ont les autres États ou organisations lésés d'invoquer la responsabilité.

5) Bien que les alinéas *a* et *b* visent «l'État lésé ou l'organisation internationale lésée», peut également perdre le droit d'invoquer la responsabilité par renonciation ou consentement un État ou une organisation internationale qui est en droit, conformément à l'article 52, d'invoquer la responsabilité à un autre titre que celui d'État lésé ou d'organisation internationale lésée. Ceci est précisé par le renvoi à l'article 49 que contient le paragraphe 5 de l'article 52.

⁶⁵⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, p. 277.

⁶⁵⁹ A/CONF.129/15.

Article 50 [49]

Pluralité d'États ou d'organisations internationales lésés

Lorsque plusieurs États ou organisations internationales sont lésés par le même fait internationalement illicite d'une organisation internationale, chaque État lésé ou chaque organisation internationale lésée peut invoquer séparément la responsabilité de l'organisation internationale pour le fait internationalement illicite.

Commentaire

- 1) Cette disposition correspond à l'article 46 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶⁶⁰. Les cas ci-après, tous relatifs à la responsabilité pour un fait illicite unique, sont examinés ici: existence d'une pluralité d'États lésés; existence d'une pluralité d'organisations internationales lésées; existence d'un ou de plusieurs États lésés et d'une ou de plusieurs organisations internationales lésées.
- 2) Tout État lésé ou toute organisation internationale lésée est en droit d'invoquer la responsabilité indépendamment de tout autre État lésé ou de toute autre organisation internationale lésée. Ceci n'empêche pas que tout ou partie des entités lésées puissent invoquer la responsabilité conjointement, si elles le souhaitent. Une coordination des réclamations contribuerait à écarter le risque d'un double recouvrement.
- 3) Un cas de réclamations qui peuvent être déposées concurremment par un État lésé et une organisation internationale lésée a été envisagé par la Cour internationale de Justice dans son avis consultatif sur la *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*. La Cour a jugé que tant l'Organisation des Nations Unies que l'État national de la victime pouvaient présenter une réclamation «en vue d'obtenir la réparation des dommages causés [...] à la victime ou à ses ayants droit» et a fait observer qu'il n'existait pas «de règle de droit qui attribue une priorité à l'un ou à l'autre, ou qui oblige soit l'État soit l'Organisation à s'abstenir de présenter une réclamation internationale. La Cour ne conçoit pas pourquoi les parties intéressées ne pourraient trouver des solutions inspirées par la bonne volonté et le bon sens [...]»⁶⁶¹.
- 4) Un État lésé ou une organisation internationale lésée pourraient s'engager à s'abstenir d'invoquer la responsabilité, laissant à d'autres États ou organisations internationales lésés le soin de le faire. Si cet engagement n'est pas seulement une

⁶⁶⁰ *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 30.

⁶⁶¹ *C.I.J. Recueil 1949*, p. 184 à 186.

question interne entre les entités lésées, il pourrait conduire à la perte pour le premier État ou la première organisation internationale du droit d'invoquer la responsabilité en application de l'article 49.

5) Lorsqu'une organisation internationale et un ou plusieurs de ses membres sont tous lésés par suite du même fait illicite, les règles internes de l'organisation internationale pourraient de la même façon attribuer à l'organisation ou à ses membres la fonction exclusive d'invoquer la responsabilité.

Article 51 [50]

Pluralité d'États ou d'organisations internationales responsables

1. Lorsqu'une organisation internationale et un ou plusieurs États ou une ou plusieurs autres organisations internationales sont responsables du même fait internationalement illicite, la responsabilité de chaque État ou de chaque organisation internationale peut être invoquée par rapport à ce fait.

2. Une responsabilité subsidiaire, telle celle prévue au projet d'article 29, peut être invoquée dans la mesure où l'invocation de la responsabilité principale n'a pas abouti à une réparation.

3. Les paragraphes 1 et 2:

a) Ne permettent à aucun État lésé ni à aucune organisation internationale lésée de recevoir une indemnisation supérieure au dommage qu'il ou elle a subi;

b) Sont sans préjudice de tout droit de recours que l'État ou l'organisation internationale fournissant la réparation peut avoir à l'égard des autres États ou organisations internationales responsables.

Commentaire

1) On examine dans le présent article le cas d'une organisation internationale qui est responsable d'un fait illicite donné conjointement avec une ou plusieurs autres entités, qu'il s'agisse d'organisations internationales ou d'États. La responsabilité commune d'une organisation internationale et d'un ou de plusieurs États est envisagée aux articles 12 à 15, où l'on examine la responsabilité d'une organisation internationale relativement au fait d'un État, et aux articles 25 à 29, qui concernent la responsabilité de l'État relativement au fait d'une organisation internationale. Un autre exemple est fourni par ce que l'on appelle les accords mixtes, conclus par la Communauté européenne avec ses États membres, lorsque de tels accords prévoient la responsabilité solidaire. Comme cela a été déclaré par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'affaire *Parlement c. Conseil*, qui concernait un accord mixte de coopération: «Dans ces conditions, sauf dérogations

expressément prévues par la convention, la Communauté et ses États membres en tant que partenaires des États ACP sont conjointement responsables à l'égard de ces derniers États de l'exécution de toute obligation découlant des engagements souscrits, y compris ceux relatifs aux concours financiers.»⁶⁶².

2) Comme l'article 47 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶⁶³, le paragraphe 1 prévoit que la responsabilité de chaque entité responsable peut être invoquée par l'État lésé ou l'organisation internationale lésée. Cependant, il peut y avoir des cas dans lesquels un État ou une organisation internationale ne porte qu'une responsabilité subsidiaire, ne mettant à sa charge l'obligation de fournir réparation que si, et dans la mesure où, l'État ou l'organisation internationale portant la responsabilité principale ne fournit pas réparation. Le paragraphe 2 de l'article 29, auquel le paragraphe 2 du présent article renvoie, donne un exemple de responsabilité subsidiaire en disposant que lorsque la responsabilité d'un État membre est engagée pour le fait illicite d'une organisation internationale, «il est présumé que [cette] responsabilité [...] a un caractère subsidiaire».

3) Que la responsabilité soit principale ou subsidiaire, un État lésé ou une organisation internationale lésée n'a pas obligation de s'abstenir de présenter une réclamation à une entité responsable tant qu'une autre entité dont la responsabilité a été invoquée n'a elle-même pas fourni réparation. Le caractère subsidiaire de la responsabilité ne signifie pas qu'il soit nécessaire de suivre un ordre chronologique dans la présentation d'une réclamation.

4) Le paragraphe 3 correspond au paragraphe 2 de l'article 47 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite, si ce n'est qu'y sont ajoutés les mots «ou organisation internationale lésée» aux alinéas *a* et *b*. Une légère modification du libellé de l'alinéa *b* a pour objet de préciser que c'est l'État ou l'organisation internationale «fournissant la réparation» qui détient le droit de recours.

⁶⁶² Arrêt du 2 mars 1994, affaire n° C-316/91, *Recueil de jurisprudence de la Cour de justice* (1994), p. I-00625, considérant 29.

⁶⁶³ *Annuaire ... 2001*, vol. II (deuxième partie), p. 30.

Article 52 [51]

Invocation de la responsabilité par un État autre que l'État lésé ou par une organisation internationale autre que l'organisation internationale lésée

1. Un État ou une organisation internationale autre que l'État lésé ou l'organisation internationale lésée est en droit d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à un groupe d'États ou d'organisations dont l'État ou l'organisation qui invoque la responsabilité fait partie, et si l'obligation est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe.
2. Un État autre que l'État lésé est en droit d'invoquer la responsabilité d'une organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble.
3. Une organisation internationale qui n'est pas l'organisation lésée est en droit d'invoquer la responsabilité d'une autre organisation internationale conformément au paragraphe 4 si l'obligation violée est due à la communauté internationale dans son ensemble et si la sauvegarde de l'intérêt de la communauté internationale qui sous-tend l'obligation violée relève des fonctions de l'organisation internationale qui invoque la responsabilité.
4. L'État ou l'organisation internationale en droit d'invoquer la responsabilité en vertu des paragraphes 1 à 3 peut exiger de l'organisation internationale responsable:
 - a) La cessation du fait internationalement illicite et des assurances et garanties de non-répétition, conformément au projet d'article 33; et
 - b) L'exécution de l'obligation de réparation conformément à la deuxième partie, dans l'intérêt de l'État lésé ou de l'organisation internationale lésée ou des bénéficiaires de l'obligation violée.
5. Les conditions de l'invocation de la responsabilité par l'État lésé ou l'organisation internationale lésée prévue aux projets d'articles 47, 48, paragraphe 2, et 49 s'appliquent à l'invocation de la responsabilité par un État ou une organisation internationale en droit de le faire en vertu des paragraphes 1 à 4.

Commentaire

- 1) Le présent article correspond à l'article 48 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite⁶⁶⁴. Il concerne l'invocation de la responsabilité d'une organisation internationale par un État ou une autre organisation internationale qui, bien que l'obligation violée lui soit due, ne peut être considéré(e) comme lésé(e) au sens de l'article 46 du présent projet. En application du paragraphe 4, lorsque cet État ou cette dernière organisation internationale est en droit d'invoquer la responsabilité, il ou elle ne

⁶⁶⁴ Ibid., p. 31.

peut réclamer que la cessation du fait internationalement illicite, des assurances et des garanties de non-répétition et l'exécution de l'obligation de réparation (cette dernière «dans l'intérêt de l'État lésé ou de l'organisation internationale lésée ou des bénéficiaires de l'obligation violée»).

2) Le paragraphe 1 concerne la première catégorie de cas dans lesquels naît ce droit limité. Cette catégorie comprend les cas dans lesquels «l'obligation violée est due à un groupe d'États ou organisations internationales dont l'État ou l'organisation qui invoque la responsabilité fait partie [et qui] est établie aux fins de la protection d'un intérêt collectif du groupe». Hormis l'ajout des mots «ou organisations internationales» et «ou l'organisation», ce texte reproduit l'alinéa *a* du paragraphe 1 de l'article 48 du texte sur la responsabilité de l'État.

3) La mention faite au paragraphe 1 d'un «intérêt collectif du groupe» a pour objet de préciser que l'obligation violée n'est pas seulement due, dans les circonstances spécifiques dans lesquelles se produit la violation, à un ou plusieurs membres du groupe individuellement. Ainsi, par exemple, si une organisation internationale violait une obligation lui incombant en vertu d'un traité multilatéral de protection de l'environnement commun, les autres parties au traité pourraient invoquer la responsabilité du fait qu'elles sont touchées par la violation, même si elles ne le sont pas outre mesure. Chaque membre du groupe serait alors en droit de demander le respect de l'obligation en tant que gardien de l'intérêt collectif du groupe.

4) Les obligations que pourrait avoir une organisation internationale à l'égard de ses membres en vertu de son règlement intérieur n'entrent pas nécessairement dans cette catégorie. En outre, il est possible que le règlement intérieur restreigne le droit d'un membre d'invoquer la responsabilité de l'organisation internationale.

5) Le libellé du paragraphe 1 n'implique pas que l'obligation violée soit nécessairement due à un groupe comprenant des États et des organisations internationales. Cette obligation peut aussi être due soit à un groupe d'États, soit à un groupe d'organisations internationales. Comme dans d'autres dispositions, la référence à «une autre organisation internationale» dans le même paragraphe ne signifie pas qu'il faille que plusieurs organisations internationales soient impliquées.

6) Aux paragraphes 2 et 3, on examine l'autre catégorie de cas dans lesquels un État ou une organisation internationale qui n'est pas lésé(e) au sens de l'article 46 peut néanmoins invoquer la responsabilité, quoique dans la mesure limitée prévue au paragraphe 4. Le paragraphe 2, qui renvoie à l'invocation de la responsabilité par un État, est identique à l'alinéa *b* du paragraphe 1 de l'article 48 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il semble clair que si un État était considéré comme en droit d'invoquer la responsabilité d'un autre État ayant violé une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, il en irait de même s'agissant de la responsabilité d'une organisation internationale qui aurait commis une violation analogue. Comme l'a fait observer l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques, «il semble [...] n'y avoir aucune raison pour que les États – par opposition aux autres organisations internationales – ne puissent eux aussi invoquer la responsabilité d'une organisation internationale»⁶⁶⁵.

7) Si aucun membre de la Commission n'a exprimé de doute quant au droit d'un État d'invoquer la responsabilité dans le cas d'une violation d'une obligation internationale à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble, certains membres se sont dits préoccupés par le fait d'envisager que les organisations internationales, y compris les organisations régionales, aient elles aussi ce droit. Toutefois, les organisations régionales n'exerceraient alors que des fonctions qui leur ont été attribuées par leurs États membres, lesquels seraient en droit d'invoquer la responsabilité individuellement ou conjointement relativement à une violation.

8) La doctrine concernant le droit qu'ont les organisations internationales d'invoquer la responsabilité dans le cas d'une violation d'une obligation à l'égard de la communauté internationale dans son ensemble porte principalement sur l'Union européenne. Les auteurs sont d'opinions divergentes, mais une nette majorité se dégage en faveur d'une solution affirmative⁶⁶⁶. Bien que les auteurs n'envisagent généralement que l'invocation

⁶⁶⁵ A/CN.4/593, rubrique F.1.

⁶⁶⁶ L'opinion selon laquelle au moins certaines organisations internationales pouvaient invoquer la responsabilité en cas de violation d'une obligation *erga omnes* a été exprimée par C.-D. Ehlermann, «Communautés européennes et sanctions internationales – une réponse à J. Verhoeven», *Revue belge de droit international*, vol. 18 (1984-1985), p. 104 et 105; E. Klein, «Sanctions by International Organizations and Economic Communities», *Archiv des Völkerrechts*, vol. 30 (1992), p. 110; A. Davì, *Comunità europee e sanzioni economiche internazionali* (Naples: Jovene, 1993), p. 496 et suiv.; C. Tomuschat, «Artikel 210», dans H. von der Groeben, J. Thiesing, C.-D. Ehlermann (dir. publ.), *Kommentar zum EU-/EG-Vertrag*, 5^e éd. (Baden-Baden: Nomos, 1997), vol. 5, p. 22 à 29; P. Klein, *La responsabilité...*, op. cit., p. 401 et suiv.; A. Rey Aneiros, *Una aproximación a la responsabilidad internacional de las organizaciones internacionales* (Valencia: Tirant, 2006), p. 166. L'opinion contraire a été défendue par J. Verhoeven,

par une organisation internationale de la responsabilité internationale d'un État, il semble qu'une solution semblable s'appliquerait au cas d'une violation commise par une autre organisation internationale.

9) À cet égard, la pratique ne fournit guère d'indications, et pas seulement parce qu'elle concerne des mesures prises par des organisations internationales vis-à-vis d'États. Lorsque des organisations internationales réagissent à des violations commises par leurs membres, elles prennent souvent des mesures en se fondant sur leurs règles respectives. Il serait difficile de déduire de cette pratique qu'il existe un droit général des organisations internationales d'invoquer la responsabilité. La pratique la plus significative à cet égard semble être celle de l'Union européenne, qui a souvent déclaré que des non-membres commettaient des violations d'obligations qui semblaient être dues à la communauté internationale dans son ensemble. Par exemple, une position commune du Conseil de l'Union européenne du 26 avril 2000 visait «les violations graves et systématiques des droits de l'homme en Birmanie»⁶⁶⁷. On ne peut dire avec certitude si la responsabilité était conjointement invoquée par les États membres de l'Union européenne ou par l'Union européenne en qualité d'organisation distincte. Dans la plupart des cas, ce type de déclaration de l'Union européenne a abouti à l'adoption de mesures économiques contre l'État responsable. Ces mesures seront examinées dans le chapitre suivant.

10) Le paragraphe 3 restreint le droit d'une organisation internationale d'invoquer la responsabilité en cas de violation d'une obligation internationale due à la communauté internationale dans son ensemble. Il y est stipulé que «la sauvegarde de l'intérêt de la communauté internationale qui sous-tend l'obligation violée relève des fonctions de l'organisation internationale qui invoque la responsabilité». Ces fonctions reflètent la nature et les buts de l'organisation. Le règlement de l'organisation détermine quelles sont les fonctions de l'organisation internationale. Aucun mandat explicite relatif à la sauvegarde de l'intérêt de la communauté internationale n'est requis en vertu de ce règlement.

«Communautés européennes et sanctions internationales», *Revue belge de droit international*, vol. 18 (1984-1985), p. 89 et 90 et P. Sturma, «La participation de la communauté européenne à des "sanctions" internationales», *Revue du Marché commun et de l'Union européenne*, n° 366 (1993), p. 258. Selon P. Palchetti, «Reactions by the European Union to Breaches of *Erga Omnes* Obligations», dans E. Cannizzaro (dir. publ.), *The European Union as an Actor in International Relations* (La Haye: Kluwer Law International, 2002), p. 226, «le rôle de la Communauté semble uniquement consister à mettre en œuvre des droits qui sont dus à ses États membres».

⁶⁶⁷ *Journal officiel des Communautés européennes*, 14 mai 2000, L 122, p. 1.

11) La solution adoptée au paragraphe 3 correspond à l'opinion exprimée par plusieurs États⁶⁶⁸ à la Sixième Commission de l'Assemblée générale, en réponse à une question soulevée par la Commission dans son rapport de 2007 à l'Assemblée générale⁶⁶⁹. Un avis similaire a été émis par certaines organisations internationales qui se sont exprimées sur cette question⁶⁷⁰.

12) Le paragraphe 5 repose sur le paragraphe 3 de l'article 48 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite. Il a pour objet d'indiquer que les dispositions concernant la notification de la réclamation, la recevabilité des réclamations et la perte du droit d'invoquer la responsabilité s'appliquent aussi vis-à-vis des États et des organisations internationales qui invoquent la responsabilité en vertu du présent article. Si le paragraphe 3 de l'article 48 du texte sur la responsabilité de l'État fait un renvoi général aux dispositions correspondantes (art. 43 à 45), il n'a pas pour objet d'étendre l'applicabilité des «règles applicables en matière de nationalité des réclamations» visées à l'alinéa *a* de l'article 44, car cette exigence est clairement sans rapport avec les obligations examinées à l'article 48. Bien que l'on puisse considérer ceci comme allant de soi, le renvoi figurant au paragraphe 5 du présent article est expressément limité au paragraphe relatif à la recevabilité des réclamations qui concernent l'épuisement des voies de recours internes.

⁶⁶⁸ Voir les interventions de l'Argentine (A/C.6/62/SR.18, par. 64), du Danemark au nom des cinq pays nordiques (ibid., par. 100), de l'Italie (A/C.6/62/SR.19, par. 40), des Pays-Bas (A/C.6/SR.20, par. 39), de la Fédération de Russie (A/C.6/62/SR.21, par. 70) et de la Suisse (ibid., par. 85). D'autres États semblent favorables à un droit plus général des organisations internationales. Voir les interventions de la Belgique (A/C.6/62/SR.21, par. 90), de Chypre (ibid., par. 38), de la Hongrie (ibid., par. 16) et de la Malaisie (A/C.6/62/SR.19, par. 75).

⁶⁶⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), chap. III, sect. D, par. 30. La question était la suivante: «L'article 48 du texte sur la responsabilité de l'État pour fait internationalement illicite prévoit que, dans le cas où l'obligation violée par un État est due à la communauté internationale dans son ensemble, les États sont en droit d'exiger de l'État responsable la cessation du fait internationalement illicite et l'exécution de l'obligation de réparation dans l'intérêt de l'État lésé ou des bénéficiaires de l'obligation violée. Si une violation d'une obligation due à la communauté internationale dans son ensemble était commise par une organisation internationale, les autres organisations ou certaines d'entre elles seraient-elles en droit de formuler une exigence similaire?».

⁶⁷⁰ Voir les vues exprimées par l'Organisation pour l'interdiction des armes chimiques (A/CN.4/593, rubrique F.1), la Commission de l'Union européenne (ibid.), l'Organisation mondiale de la santé (ibid.) et l'Organisation internationale pour les migrations (A/CN.4/593/Add.1, rubrique B). Voir aussi la réponse de l'Organisation mondiale du commerce (A/CN.4/593, rubrique F.1).

Article 53

Portée de cette partie

La présente partie est sans préjudice du droit que peut avoir une personne ou une entité autre qu'un État ou une organisation internationale d'invoquer la responsabilité internationale d'une organisation internationale.

Commentaire

1) Les articles 46 à 52 ci-dessus envisagent la mise en œuvre de la responsabilité d'une organisation internationale uniquement dans la mesure où la responsabilité peut être invoquée par un État ou une autre organisation internationale. Ceci est conforme à l'article 36, qui définit la portée des obligations internationales énoncées dans la deuxième partie en déclarant que celles-ci n'ont trait qu'à la violation d'une obligation, assumée en vertu du droit international, qu'une organisation internationale doit à un État, à une autre organisation internationale ou à la communauté internationale dans son ensemble. Le même article précise en outre que ceci est «sans préjudice de tout droit que la responsabilité internationale de l'organisation internationale peut faire naître directement au profit de toute personne ou entité autre qu'un État ou une organisation internationale». Ainsi, en ne se référant qu'à l'invocation de la responsabilité par un État ou une organisation internationale, la portée de la présente partie correspond à celle de la deuxième partie. L'invocation de la responsabilité est examinée dans la mesure où elle concerne uniquement les obligations énoncées dans la deuxième partie.

2) Si l'on peut considérer comme allant de soi que les articles concernant l'invocation de la responsabilité sont sans préjudice du droit que peut avoir une personne ou entité autre qu'un État ou une organisation internationale d'invoquer la responsabilité internationale d'une organisation internationale, une déclaration expresse à cet effet a pour but d'indiquer plus clairement que la présente partie n'est pas censée écarter tout droit de ce type.

CHAPITRE VIII

EXPULSION DES ÉTRANGERS

A. Introduction

166. La Commission a décidé, au cours de sa cinquante-sixième session (2004), d'inscrire le sujet «Expulsion des étrangers» à son programme de travail, et de nommer M. Maurice Kamto Rapporteur spécial pour ce sujet⁶⁷¹. L'Assemblée générale, au paragraphe 5 de sa résolution 59/41 du 2 décembre 2004, a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son ordre du jour.

167. Lors de sa cinquante-septième session (2005), la Commission a examiné le rapport préliminaire présenté par le Rapporteur spécial (A/CN.4/554)⁶⁷².

168. À sa cinquante-huitième session (2006), la Commission était saisie du deuxième rapport présenté par le Rapporteur spécial (A/CN.4/573) ainsi que d'une étude du secrétariat (A/CN.4/565). La Commission a décidé d'examiner le deuxième rapport à sa session suivante, en 2007⁶⁷³.

169. À sa cinquante-neuvième session (2007), la Commission a examiné les deuxième et troisième rapports présentés par le Rapporteur spécial (A/CN.4/573 et Corr.1, et A/CN.4/581), et a renvoyé au Comité de rédaction les projets d'articles 1 et 2, tels que révisés par le Rapporteur spécial⁶⁷⁴, ainsi que les projets d'articles 3 à 7⁶⁷⁵.

⁶⁷¹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), par. 364. À sa cinquantième session (1998), la Commission a pris note du rapport du Groupe de planification dans lequel avait notamment été identifié le sujet de l'«expulsion des étrangers» aux fins d'inclusion dans son programme de travail à long terme (*ibid.*, cinquante-troisième session, *Supplément n° 10* (A/53/10), par. 554) et, à sa cinquante-deuxième session (2000), elle a souscrit à cette conclusion (*ibid.*, cinquante-cinquième session, *Supplément n° 10* (A/55/10), par. 729). Un bref plan exposant la structure générale et l'approche possibles d'une étude du sujet était joint en annexe au rapport sur les travaux de cette session de la Commission (*ibid.*, annexe). Au paragraphe 8 de sa résolution 55/152 du 12 décembre 2000, l'Assemblée générale a pris acte de l'inclusion du sujet dans le programme de travail à long terme.

⁶⁷² *Ibid.*, soixantième session, *Supplément n° 10* (A/60/10), par. 242 à 274.

⁶⁷³ *Ibid.*, soixante et unième session, *Supplément n° 10* (A/61/10), par. 252.

⁶⁷⁴ *Ibid.*, soixante-deuxième session, *Supplément n° 10* (A/62/10), notes 401 et 402.

⁶⁷⁵ *Ibid.*, notes 396 à 400.

B. Examen du sujet à la présente session

170. À la présente session, la Commission était saisie du quatrième rapport présenté par le Rapporteur spécial (A/CN.4/594), qu'elle a examiné à ses 2969^e, 2972^e et 2973^e séances, le 30 mai et les 5 et 6 juin 2008. À sa 2973^e séance, la Commission a décidé d'établir un groupe de travail, présidé par M. Donald M. McRae, afin d'examiner les questions soulevées par l'expulsion des binationaux ou plurinationaux et par la dénationalisation au regard de l'expulsion.

171. À l'issue de sa réunion le 14 juillet 2008, le Groupe de travail est parvenu à la conclusion selon laquelle le commentaire du projet d'articles devrait indiquer qu'aux fins du projet, le principe de non-expulsion des nationaux s'applique également aux personnes qui ont légalement acquis une ou plusieurs autres nationalités. Le Groupe s'est également accordé sur l'inclusion, dans le commentaire, d'une précision selon laquelle les États ne devraient pas recourir à la dénationalisation pour se soustraire aux obligations qui leur incombent en vertu du principe de non-expulsion des nationaux. À sa ...^e séance, le ... juillet 2008, le Président du Groupe de travail a présenté à la Commission les conclusions de celui-ci. La Commission a exprimé son accord avec ces conclusions et demandé au Comité de rédaction de les prendre en considération dans le cadre de ses travaux.

172. À sa 2989^e séance, le 4 août 2008, la Commission a été informée oralement par le Président du Comité de rédaction des progrès de celui-ci. Le Comité de rédaction reste saisi du projet d'articles qui lui a été renvoyé tant que le travail sur la totalité du texte n'est pas achevé.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son quatrième rapport

173. Lors de l'examen par la Commission du troisième rapport présenté par le Rapporteur spécial, il avait été observé que la question de l'expulsion de personnes ayant deux ou plusieurs nationalités méritait d'être étudiée de façon détaillée et d'être réglée dans le cadre du projet d'article 4, énonçant le principe de non-expulsion des nationaux, ou dans un projet d'article séparé. En outre, il avait été observé que la question de la déchéance de nationalité, parfois utilisée en tant que préalable à l'expulsion, méritait une analyse approfondie.

174. S'agissant de la situation juridique des binationaux et des plurinationaux, le Rapporteur spécial avait estimé, dans son troisième rapport, qu'il n'était pas souhaitable d'en traiter en relation avec le projet d'article 4, dès lors que la règle interdisant l'expulsion des nationaux s'imposait à tout État dont un individu possédait la nationalité. En revanche, cette question pouvait avoir une incidence dans le contexte de l'exercice de la protection diplomatique en cas d'expulsion illicite.

175. Le quatrième rapport, préparé afin de répondre aux interrogations soulevées par plusieurs membres, comprenait deux parties. La première était consacrée à la problématique de l'expulsion des binationaux et des plurinationaux, alors que la seconde traitait de la perte de la nationalité et de la dénationalisation en rapport avec l'expulsion.

176. S'agissant de l'expulsion de personnes possédant deux ou plusieurs nationalités, le quatrième rapport abordait deux questions principales. La première était de savoir si le principe de non-expulsion des nationaux s'appliquait de façon absolue aux binationaux et aux plurinationaux qui possédaient la nationalité de l'État expulsant. La seconde question était de savoir si un État violerait ses obligations internationales en expulsant un binationnel ou un plurinationnel possédant la nationalité de l'État expulsant, sans d'abord lui retirer cette nationalité.

177. Sur la première question, il convenait d'observer que certains États, pour des fins autres que l'expulsion, traitaient parfois leurs nationaux détenteurs d'une autre nationalité comme des étrangers. Cependant, une telle attitude ne suffisait pas en elle-même à conférer un fondement juridique à l'expulsion de ces personnes, dans la mesure où celles-ci pouvaient revendiquer la nationalité de l'État expulsant afin de contester la légalité de leur expulsion.

178. Quant à la seconde question, la règle de l'interdiction de l'expulsion par un État de son propre national, telle qu'elle avait été proposée par le Rapporteur Spécial dans son troisième rapport, inclinait à soutenir qu'une telle expulsion serait contraire au droit international. Cependant, la pratique montrait que les expulsions de binationaux ou de plurinationaux sans dénationalisation préalable n'étaient pas rares.

179. Au nom d'une conception absolutiste de la prohibition de l'expulsion des nationaux, il était parfois soutenu que l'expulsion d'un binationnel ou d'un plurinationnel possédant la nationalité de l'État expulsant devait toujours être précédée d'une dénationalisation.

Toutefois, de l'avis du Rapporteur spécial, imposer à l'État expulsant l'obligation de dénationaliser avant d'expulser un binational ou un plurinational n'était pas la meilleure solution puisque la dénationalisation était susceptible de compromettre un éventuel droit de retour de la personne expulsée.

180. À la lumière des analyses effectuées dans son quatrième rapport, le Rapporteur spécial estimait que: a) le principe de non-expulsion des nationaux ne s'appliquait pas aux binationaux et aux plurinationaux, sauf si l'expulsion pouvait conduire à des cas d'apatridie; et que b) la pratique de certains États et l'intérêt propre des personnes expulsées ne militaient pas en faveur de l'énonciation d'une règle prescrivant la dénationalisation d'un binational ou d'un plurinational avant expulsion.

181. Les problèmes juridiques soulevés par l'expulsion des binationaux et des plurinationaux étaient encore plus complexes suivant que l'État expulsant était ou non l'État de nationalité dominante ou effective de la personne concernée. Le Rapporteur spécial persistait à douter de l'intérêt et de l'utilité pratiques de s'engager dans de telles considérations à ce stade. Par contre, l'examen de ces diverses hypothèses serait bienvenu dans le cadre de l'étude de la protection des droits patrimoniaux de la personne expulsée, que le Rapporteur spécial se proposait d'entreprendre ultérieurement.

182. Par ailleurs, la question de savoir s'il y avait des possibilités de dérogation à la règle prohibant l'expulsion des nationaux restait ouverte. Mis à part certains exemples historiques comme les expulsions de monarques déchus, des situations contemporaines pouvaient être envisagées dans lesquelles un État aurait exceptionnellement le droit d'expulser l'un de ses nationaux, pourvu qu'un autre État accepte de l'accueillir et que l'individu en question conserve le droit de retourner dans son propre pays à la demande de l'État d'accueil. Par exemple, il était envisageable de permettre à un État victime d'activités d'espionnage menées par l'un de ses nationaux d'expulser celui-ci vers l'État au profit duquel lesdites activités avaient été entreprises, si cet autre État était prêt à accueillir l'individu en question. La question se posait dès lors de savoir si la Commission désirait établir une prohibition absolue de l'expulsion des nationaux ou si, en revanche, elle était prête à envisager des dérogations visant des situations exceptionnelles.

183. La seconde partie du quatrième rapport était spécifiquement consacrée à la problématique de la perte de la nationalité et de la dénationalisation en rapport avec une expulsion. Même si la perte de la nationalité et la dénationalisation produisaient des

conséquences similaires au regard de la situation juridique de l'individu encourageant l'expulsion, il convenait d'observer que la perte de la nationalité était la conséquence d'un acte volontaire de l'individu, alors que la dénationalisation résultait d'une décision de l'État, de caractère individuel ou collectif.

184. Enfin, le Rapporteur spécial continuait de douter du bien-fondé pour la Commission d'élaborer, même au titre du développement progressif du droit international, des projets d'articles traitant des questions abordées dans le cadre de son quatrième rapport. Ces questions relevaient davantage du régime de la nationalité que du sujet de l'expulsion des étrangers.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

185. Il a été observé que chaque État, dans l'exercice de son droit souverain en matière d'octroi et de retrait de la nationalité, devait respecter le droit international, notamment certaines règles fondamentales en matière de protection des droits de l'homme qui étaient consacrées dans plusieurs instruments internationaux tant universels que régionaux. Certains membres estimaient que la Commission devait réaffirmer le droit de toute personne à une nationalité, ainsi que le droit de toute personne à ne pas être privée arbitrairement de sa nationalité. Il a été dit que le Rapporteur spécial n'avait pas accordé suffisamment d'importance, dans son quatrième rapport, aux développements relatifs à la protection des droits de l'homme.

186. Il a été dit que la nationalité devait être conçue comme un droit de l'individu, et non comme un simple instrument de politique étatique. Il a été souligné également qu'il ne pouvait y avoir de différence entre la première nationalité d'un individu et d'autres nationalités acquises subséquentement. Dès lors, l'expulsion des binationaux et des plurinationaux ainsi que la dénationalisation ne pouvaient avoir comme seules limites l'interdiction de produire des cas d'apatridie, cas dans lesquels il n'y a aucun État obligé de recevoir la personne expulsée, la prohibition de l'arbitraire et le principe de non-discrimination.

187. Certains membres partageaient la conclusion du Rapporteur spécial suivant laquelle il convenait de ne pas élaborer de projets d'articles traitant spécifiquement des questions abordées dans son quatrième rapport. Toutefois, certains membres partageaient cette conclusion du Rapporteur spécial sans pour autant souscrire aux analyses qui la fondaient.

188. D'autres membres estimaient que la Commission devait s'atteler à l'élaboration de projets d'articles sur l'expulsion des binationaux et des plurinationaux, ainsi que sur la dénationalisation en tant qu'éventuel préalable à une expulsion. Il était nécessaire, en effet, de prescrire certaines règles minimales afin d'éviter l'arbitraire et les abus. Il a été suggéré également de réfléchir à des solutions alternatives, comme l'élaboration de projets de directives ou de recommandations destinés à être inclus dans une annexe au projet d'articles, si cela pouvait répondre à une utilité pratique.

189. Il a été dit que le Rapporteur spécial s'était laissé beaucoup influencer par la pratique de certains États, notamment dans le domaine de la lutte contre le terrorisme, et qu'il avait parfois fondé ses analyses sur des exemples historiques ou sur des situations autres que des cas d'expulsion.

190. Plusieurs membres étaient d'avis qu'il convenait d'établir un groupe de travail chargé d'examiner les questions abordées dans le quatrième rapport du Rapporteur spécial.

b) La situation des binationaux et des plurinationaux au regard de l'expulsion

191. Certains membres étaient d'avis que la Commission ne pouvait ignorer la question de la double ou multiple nationalité, qui était un phénomène de plus en plus répandu à l'époque contemporaine. On a fait remarquer qu'il n'était pas possible d'énoncer une règle interdisant l'expulsion des nationaux sans répondre à la question de savoir si cette règle s'appliquait aussi aux binationaux et aux plurinationaux. En outre, indépendamment de l'inclusion ou non dans le projet d'articles d'une disposition visant la non-expulsion des nationaux, il était nécessaire de déterminer si un État pouvait considérer un binational ou un plurinational comme un étranger pour les fins de l'expulsion.

192. Contrairement à ce que soutenait le Rapporteur spécial, plusieurs membres estimaient que, dans le domaine de l'expulsion, le droit international ne permettait pas à un État de considérer comme des étrangers ses nationaux détenteurs d'une ou plusieurs autres nationalités. Certains membres ont souligné que l'interdiction de l'expulsion des nationaux, consacrée dans plusieurs instruments universels et régionaux en matière de

protection des droits de l'homme, s'appliquait également aux binationaux et aux plurinationaux, y compris ceux possédant la nationalité de l'État expulsant. En outre, une référence a été faite à la Convention européenne sur la nationalité du 6 novembre 1997, dont l'article 17, paragraphe 1, énonçait que «[l]es ressortissants d'un État Partie possédant une autre nationalité doivent avoir, sur le territoire de cet État partie dans lequel ils résident, les mêmes droits et devoirs que les autres ressortissants de cet État partie». La situation particulière des femmes ayant deux ou plusieurs nationalités a également été évoquée.

193. Selon certains membres, les éléments de la pratique cités par le Rapporteur spécial à l'appui d'une différenciation entre, d'une part, les détenteurs d'une seule nationalité et, d'autre part, les binationaux et plurinationaux n'étaient pas concluants s'agissant de la problématique de l'expulsion. Tel était le cas, aussi bien des accords se rapportant au domaine de la protection consulaire de binationaux, que de certaines restrictions s'appliquant aux binationaux dans le domaine des droits politiques, s'agissant en particulier de l'éligibilité à certaines fonctions étatiques. En outre, certains membres ont mentionné des législations nationales qui interdisaient l'expulsion de binationaux ou de plurinationaux au même titre que l'expulsion de personnes n'ayant que la nationalité de l'État expulsant.

194. Selon un autre point de vue, s'abstenir d'opérer toute distinction, aux fins de l'expulsion, entre les détenteurs d'une seule nationalité, les binationaux et les plurinationaux, conduisait à assimiler des réalités juridiques et factuelles différentes.

195. Il a été dit qu'il n'était pas nécessaire de consacrer un projet d'article à la situation des binationaux et des plurinationaux au regard de l'expulsion, puisqu'ils étaient couverts par la règle interdisant l'expulsion des nationaux. Selon un autre avis, il importait de préciser que l'interdiction de l'expulsion des nationaux s'étendait aux binationaux et aux plurinationaux. Il a aussi été proposé d'énoncer dans un projet d'article que les binationaux et les plurinationaux avaient les mêmes droits que les personnes détentrices de la seule nationalité de l'État expulsant.

196. Certains membres partageaient l'avis du Rapporteur spécial suivant lequel la notion de nationalité dominante ou effective pouvait jouer un rôle dans le contexte de l'expulsion de binationaux ou plurinationaux. En revanche, d'autres membres ont souligné que l'interdiction d'expulser un national s'appliquait indépendamment du fait que la personne

encourant l'expulsion ait ou non la nationalité dominante ou effective de l'État expulsant. Autrement dit, le critère de la nationalité dominante ou effective, qui était pertinent dans le contexte de la protection diplomatique ou dans le domaine du droit international privé aux fins de la résolution de conflits de nationalités ou de conflits de lois, ne pouvait justifier qu'un État traite ses nationaux détenteurs d'une ou plusieurs autres nationalités comme des étrangers aux fins de l'expulsion.

197. Enfin, il a été observé que l'existence d'un État d'accueil, par exemple l'un des États de nationalité de la personne expulsée, n'était pas un élément décisif pour juger de la légalité d'une expulsion.

c) Perte de la nationalité, dénationalisation et expulsion

198. Certains membres estimaient que l'expulsion d'un binational ou d'un plurinational possédant également la nationalité de l'État expulsant n'était pas permise si la personne en question n'était pas préalablement dénationalisée. La solution contraire reviendrait à recommander aux États de traiter les binationaux et les plurinationaux comme des étrangers. Le fait que, dans la pratique, les expulsions de binationaux ou de plurinationaux sans dénationalisation préalable n'étaient pas rares ne suffisait pas à rendre de telles expulsions licites. D'autres membres étaient d'avis que la dénationalisation ne pouvait jamais être utilisée aux fins de l'expulsion, et certains membres estimaient même que la dénationalisation était absolument interdite par le droit international.

199. Il a été observé que la distinction entre la perte de la nationalité et la dénationalisation n'était pas évidente, dans la mesure où la première pouvait aussi être regardée comme une forme automatique de dénationalisation.

200. Certains membres ont indiqué que le droit international permettait à un État de prévoir dans sa législation la perte de la nationalité par une personne qui acquiert la nationalité d'un autre État. En outre, il a été dit que les États étaient en droit de sanctionner l'utilisation abusive ou frauduleuse de la double ou multiple nationalité.

201. Il a été observé qu'à partir du moment où un étranger était défini comme une personne n'ayant pas la nationalité de l'État expulsant, la question se posait de savoir si le droit d'un État d'expulser des étrangers couvrait également le droit d'expulser une personne devenue étrangère suite à une dénationalisation.

202. Il a été souligné que la dénationalisation avait souvent été utilisée de manière abusive pour violer les droits de certaines personnes, les priver indûment de leur patrimoine et ensuite les expulser. Il a été dit aussi que les dénationalisations se produisaient surtout dans des sociétés non démocratiques, à titre de sanction politique, dans des circonstances spéciales, par exemple lors d'une succession d'États ou d'un conflit armé. En outre, mention a été faite de certaines législations nationales interdisant la dénationalisation en toute circonstance.

203. Certains membres étaient d'avis que la dénationalisation n'était permise que dans des circonstances exceptionnelles, qu'elle ne devait pas conduire à des cas d'apatridie, qu'elle ne devait être ni discriminatoire ni arbitraire, et qu'elle devait respecter certaines garanties procédurales. À cet égard, il a été proposé que la Commission s'attèle à identifier les conditions minimales devant être observées lors d'une dénationalisation, compte tenu des principes fondamentaux du droit international et des principes relatifs à la protection des droits de l'homme.

204. Il a été proposé d'élaborer un projet d'article interdisant la dénationalisation au cas où elle rendrait une personne apatride.

205. Certains membres étaient d'avis que la dénationalisation d'une personne en vue de faciliter son expulsion était contraire au droit international. En effet, si l'expulsion des nationaux était interdite, il en découlait nécessairement qu'un État ne pouvait contourner cette prohibition en dénationalisant l'un de ses nationaux pour ensuite l'expulser. Il a été suggéré que le commentaire clarifie ce point. D'autres membres ont proposé l'élaboration d'un projet d'article interdisant explicitement la dénationalisation ayant pour finalité l'expulsion d'une personne.

206. Plusieurs membres ont relativisé la pertinence de la sentence partielle rendue par la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie⁶⁷⁶, à laquelle s'était référé le Rapporteur spécial dans son quatrième rapport. Cette sentence ayant été rendue dans un cas très particulier, caractérisé par une situation de succession d'États et de conflit armé, il n'était pas possible d'en inférer des règles générales en matière de dénationalisation suivie d'expulsion, et cela d'autant plus que la Commission des réclamations était parvenue à des

⁶⁷⁶ Cour permanente d'arbitrage, Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, *Partial Award, Civilian claims, Eritrea's claims 15, 16, 23 et 27-32, between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia*, 17 décembre 2004, ILM vol. 44, p. 601.

conclusions différenciées s'agissant des divers cas d'expulsion sur lesquels elle avait eu à se prononcer. En outre, il a été observé que les individus en question avaient été considérés moins comme des binationaux que comme des ressortissants d'un État ennemi représentant une menace à la sécurité de l'État expulsant.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

207. Le Rapporteur spécial a indiqué qu'il n'était pas prêt à s'engager dans l'étude des questions ayant trait au régime de la nationalité. En outre, après avoir écouté les interventions des membres ayant participé au débat, il n'était toujours pas convaincu de l'opportunité d'élaborer des projets d'articles sur les questions examinées dans son quatrième rapport.

208. Le Rapporteur spécial avait proposé de consacrer un projet d'article au principe de non-expulsion des nationaux afin de rappeler une règle qui paraissait bien établie. Sur ce point, il attendait des directives de la part de la Commission sur la question de savoir si la règle interdisant l'expulsion des nationaux devait être absolue ou si des exceptions pouvaient être envisagées.

209. Contrairement à l'avis exprimé par certains membres, la notion de nationalité dominante ou effective, à laquelle le Rapporteur spécial s'était référé dans son quatrième rapport, était une notion bien établie qui trouvait plusieurs consécutions notamment dans la jurisprudence et dans la doctrine.

210. De l'avis du Rapporteur spécial, une règle interdisant l'expulsion des binationaux ou des plurinationaux possédant la nationalité de l'État expulsant n'existait pas en tant que telle en droit international. Si néanmoins la Commission décidait d'étendre à ces catégories de personnes la règle interdisant l'expulsion des nationaux, l'actuel projet d'article 4 suffirait, sans qu'il soit nécessaire d'aborder la question de la nationalité dominante ou effective.

211. Selon le Rapporteur spécial, un projet d'article énonçant l'interdiction de dénationaliser une personne qui deviendrait apatride du fait de la dénationalisation n'apparaissait pas nécessaire puisque cette interdiction était bien établie en droit international.

212. Ni le droit international conventionnel ni le droit international coutumier ne prévoyaient de règle interdisant à un État de dénationaliser une personne en vue de l'expulser. La pratique de plusieurs États allait même dans le sens contraire, les dénationalisations ayant généralement pour finalité l'expulsion des personnes concernées. Tout au plus, le commentaire du projet d'article 4 pourrait indiquer que, dans la mesure du possible, les États ne devraient pas dénationaliser une personne en vue de l'expulser et que, au cas où ils le feraient, ils devraient respecter leur législation nationale ainsi que certains critères éventuellement spécifiés dans le commentaire.

213. Le Rapporteur spécial avait été quelque peu surpris par le débat sur la pertinence de la sentence partielle rendue par la Commission des réclamations Érythrée-Éthiopie, à laquelle il s'était référé dans son quatrième rapport. Il était certes possible de critiquer cette sentence, mais il n'était pas acceptable de la relativiser au point de lui dénier toute pertinence dans le cadre du présent sujet. La véritable question était de savoir si le raisonnement et les conclusions de la Commission des réclamations trouvaient un fondement suffisant en droit international.

CHAPITRE IX

PROTECTION DES PERSONNES EN CAS DE CATASTROPHE

A. Introduction

214. La Commission a décidé, au cours de sa cinquante-neuvième session (2007), d'inscrire à son programme de travail le sujet «La protection des personnes en cas de catastrophe» et a nommé M. Eduardo Valencia-Ospina Rapporteur spécial pour le sujet⁶⁷⁷. À la même session, la Commission a demandé au secrétariat d'établir une étude sur le sujet, limitée dans un premier temps aux catastrophes naturelles⁶⁷⁸.

B. Examen du sujet à la présente session

215. À la présente session, la Commission était saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/598), dans lequel celui-ci a fait l'historique de la protection des personnes en cas de catastrophe, présenté les sources de droit et les travaux de codification et de développement du droit en la matière, exposé dans leurs grandes lignes les différents aspects du cadre général du sujet de façon à déterminer les principales questions juridiques à traiter et formulé des conclusions provisoires, sans préjudice du résultat de la discussion que le rapport était censé susciter au sein de la Commission. La Commission était également saisie d'un mémorandum du secrétariat, axé essentiellement sur les catastrophes naturelles (A/CN.4/590 et Add.1 à 3) et donnant un aperçu des instruments et textes juridiques existants applicables à divers aspects de la prévention des catastrophes et des secours, ainsi que de la protection des personnes en cas de catastrophe.

216. La Commission a examiné le rapport préliminaire de sa 2978^e à sa 2982^e séance, tenues du 15 au 18 juillet 2008 et le 22 juillet 2008, respectivement.

⁶⁷⁷ À sa 2929^e séance, tenue le 1^{er} juin 2007, *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 375. Au paragraphe 7 de sa résolution 62/66 en date du 6 décembre 2007, l'Assemblée générale a pris note de la décision de la Commission d'inscrire à son programme de travail le sujet «La protection des personnes en cas de catastrophe». Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission lors de sa cinquante-huitième session (2006), *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 261, sur la base d'une proposition de secrétariat, *ibid.*, annexe C. Voir aussi le paragraphe 7 de la résolution 61/34 datée du 4 décembre 2006, par laquelle l'Assemblée générale a pris note de l'inscription du sujet au programme de travail à long terme de la Commission.

⁶⁷⁸ *Ibid.*, *soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 386.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son rapport préliminaire

217. Présentant son rapport, le Rapporteur spécial a souligné qu'il s'agissait d'un rapport préliminaire qui devait être lu en liaison avec le mémorandum circonstancié établi par le secrétariat. Le rapport était destiné à développer certaines hypothèses de base susceptibles d'éclairer et de nourrir le débat au sein de la Commission, en particulier sur le champ d'application du sujet et la marche à suivre pour son examen.

218. À propos du champ d'application du sujet en général, le Rapporteur spécial a rappelé que l'intitulé du sujet était vaste mais qu'il n'existait aucun document officiel indiquant ce qui avait amené la Commission à décider de privilégier les aspects concernant la «protection des personnes» plutôt que «les secours» ou «l'assistance» qui était l'élément essentiel de la proposition initiale présentée par le secrétariat au Groupe de travail sur le programme de travail à long terme. À son avis, la «protection des personnes» avait des connotations plus larges. De plus, axer le sujet sur l'individu en tant que victime d'une catastrophe donnait à penser que certains droits naissaient à son bénéfice, ce qui entraînait pour corollaire la nécessité d'adopter une approche fondée sur les droits qui déterminerait les mécanismes de protection à mettre en place. La notion de protection ne signifiait pas que les personnes touchées par une catastrophe en tant que telles constituaient une catégorie juridique à part, mais il n'en demeurait pas moins que ces victimes se trouvaient de fait dans une situation particulière, ayant des besoins spécifiques auxquels il fallait répondre. Il faudrait aussi tenir compte non seulement des victimes, mais des multiples acteurs entrant en jeu en cas de survenance d'une catastrophe.

219. Le Rapporteur spécial a fait aussi observer que la notion de catastrophe, qui n'était pas un terme juridique, et sa classification influaient sur le champ d'application du sujet. En analysant ce terme, il importait de comprendre que le point crucial en l'occurrence n'était pas simplement la survenance de la catastrophe en tant que telle, mais l'ensemble des aspects en jeu: origine⁶⁷⁹, durée⁶⁸⁰ et contexte⁶⁸¹. Appréhender la protection au sens large entraînait donc un certain nombre de conséquences.

⁶⁷⁹ Selon leur origine, les catastrophes peuvent être rangées sous deux rubriques: les catastrophes naturelles (par exemple tremblements de terre, laves de fond, éruptions volcaniques) et les catastrophes d'origine humaine (par exemple marées noires, accidents nucléaires et conflits armés).

⁶⁸⁰ Selon leur durée, on peut classer les catastrophes sous deux rubriques: les catastrophes brutales (par exemple cyclones) et les catastrophes progressives (ou larvées) (par exemple sécheresses, disettes et calamités agricoles).

220. Premièrement, cela supposerait que soient prises en compte toutes les catastrophes, aussi bien les catastrophes naturelles que les catastrophes d'origine humaine. Deuxièmement, cela signifierait que les questions en jeu devraient être examinées pour chaque phase de la catastrophe, c'est-à-dire avant, pendant et après – ce qui correspondait aux notions de prévention des catastrophes et d'atténuation de leurs effets, d'intervention et de restauration⁶⁸², sans toutefois coïncider nécessairement avec elles. De l'avis du Rapporteur spécial, il importait d'adopter une démarche globale. En élaborant des règles pour la protection des personnes dans le cadre de la codification et du développement progressif du droit international, il y avait lieu de tenir compte du fait que le besoin de protection était tout aussi impérieux dans toutes les situations, au vu de leur complexité. De plus, il n'était pas toujours facile d'établir des distinctions entre les différentes origines et les différents contextes ou en fonction de la durée. Cela étant, le Rapporteur spécial admettait sans difficulté que dans le contexte de cette conception large, les conflits armés en tant que tels n'entraient pas dans le champ d'application du sujet.

221. Troisièmement, il faudrait se pencher sur la notion de protection, en particulier sur la question de savoir si elle devrait être entendue comme se distinguant des notions d'intervention, de secours et d'assistance ou comme les englobant toutes. Pour le Rapporteur spécial, la notion de protection était une notion générale couvrant des éléments précis d'intervention, de secours et d'assistance. Même si, *lato sensu*, la notion de protection devait être prise au sens large, *stricto sensu*, dans le cadre d'une approche fondée sur les droits, elle ferait naître des droits spécifiques à déterminer. La différence entre protection *lato sensu* et protection *stricto sensu* était affaire d'interprétation, la dernière notion étant centrée sur les droits en jeu.

⁶⁸¹ Selon le contexte dans lequel elles surviennent, les catastrophes peuvent se diviser entre situations d'urgence simples et situations d'urgence complexes. Au sein du système des Nations Unies, la situation d'urgence complexe se définit généralement comme une crise humanitaire frappant un pays, une région ou une société dans lesquels on constate l'effondrement total ou l'affaiblissement très prononcé de l'autorité publique par suite de conflits intérieurs ou extérieurs et appelant une réaction internationale allant au-delà du mandat ou des moyens d'une seule institution ou du programme de pays de l'ONU en cours.

⁶⁸² La notion d'intervention se limite dans le temps à la phase de la catastrophe proprement dite. Les secours relèvent d'une conception plus générale qui, comme celle de l'assistance, s'étend à la phase antérieure et à la phase postérieure à l'intervention immédiate. L'assistance est comprise comme la mise à disposition et la fourniture des biens, des matériaux et des services indispensables à la survie de la population. Les activités correspondant à la restauration sont liées comme il se doit à la phase d'intervention, au cours de laquelle il est répondu aux besoins immédiats des victimes. Elles concernent le redressement mais sont à distinguer des activités de développement, que l'on peut qualifier de soutien et d'exécution des politiques de développement autonomes.

222. Quatrièmement, la conception large supposait qu'il faille appréhender les tensions sous-jacentes au rapport entre la protection et les principes de souveraineté et de non-intervention et comprendre le cadre conceptuel qui constituait la base de la protection. Du point de vue des victimes des catastrophes, il faudrait s'interroger notamment sur l'existence d'un droit à l'assistance humanitaire. D'un côté, dans l'affaire du *Nicaragua*, la Cour internationale de Justice a considéré que: «Il n'est pas douteux que la fourniture d'une aide strictement humanitaire à des personnes ou à des forces se trouvant dans un autre pays, quels que soient leurs affiliations politiques ou leurs objectifs, ne saurait être considérée comme une intervention illicite ou à tout autre point de vue contraire au droit international»⁶⁸³. D'un autre côté, ce genre de considération se heurtait dans la pratique à la conception traditionnelle des principes de souveraineté et de non-intervention. En outre, il fallait étudier de près le rapport entre le sujet à l'étude et des notions nouvelles comme celle du devoir de protéger, devoir qui, dans le cas des catastrophes, impliquait celui de prévenir, d'intervenir et d'aider et de reconstruire. Le Rapporteur spécial a souligné qu'il fallait se demander sérieusement s'il convenait d'élargir la notion de devoir de protéger et s'interroger sur sa pertinence dans le sujet à l'étude; même s'il devait être reconnu dans le contexte de la protection des personnes et de l'assistance en cas de catastrophe, on voyait mal quelles en seraient les conséquences⁶⁸⁴.

223. Quant aux sources du droit sur lesquelles la Commission devait se fonder pour élaborer des règles fondamentales applicables au traitement des victimes de catastrophes, le Rapporteur spécial a fait observer que la protection des personnes n'était pas une notion inédite en droit international. Il existait une relation particulière entre d'une part la notion

⁶⁸³ Affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. États-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt. C.I.J. Recueil 1986, par. 242. La Cour a poursuivi en ces termes: «Les caractéristiques d'une telle aide sont indiquées dans le premier et le second des principes fondamentaux proclamés par la vingtième Conférence internationale de la Croix-Rouge, aux termes desquels:

«Née du souci de porter secours sans discrimination aux blessés des champs de bataille, la Croix-Rouge, sous son aspect international et national, s'efforce de prévenir et d'alléger en toutes circonstances les souffrances des hommes. Elle tend à protéger la vie et la santé ainsi qu'à faire respecter la personne humaine. Elle favorise la compréhension mutuelle, l'amitié, la coopération et une paix durable entre tous les peuples»,

et

«Elle ne fait aucune distinction de nationalité, de race, de religion, de condition sociale ou d'appartenance politique. Elle s'applique seulement à secourir les individus à la mesure de leur souffrance et à subvenir par priorité aux détresses les plus urgentes.».

⁶⁸⁴ En particulier, on ne savait pas très bien dans quelle mesure le devoir de protéger créerait des droits pour les tiers, quel serait le contenu de ces droits, comment la mise en œuvre de ces droits serait déclenchée et si ces droits étaient individuels ou collectifs.

de protection des personnes frappées par une catastrophe et de l'autre les droits et les obligations qui en découlaient et les régimes applicables prévus dans le droit international humanitaire, le droit international des droits de l'homme et le droit international des réfugiés et des personnes déplacées dans leur propre pays. Ces régimes, qui reposaient sur le postulat de la protection des êtres humains en toutes circonstances et qui montraient bien l'universalité essentielle des principes humanitaires, seraient complémentaires. Il serait utile aussi, lors de l'élaboration du cadre dans lequel inscrire le sujet, de prendre en considération des principes comme ceux d'humanité, d'impartialité, de neutralité et de non-discrimination, ainsi que ceux de souveraineté et de non-intervention.

224. L'élaboration de règles était axée depuis peu sur les aspects opérationnels, comme par exemple dans le cas des Lignes directrices relatives à la facilitation et à la réglementation nationales des opérations internationales de secours et d'assistance au relèvement initial en cas de catastrophe⁶⁸⁵. Il existait un ensemble distinct de dispositions juridiques régissant les interventions et les secours internationaux en cas de catastrophe qui étaient applicables. Il n'existait pas d'instrument universel général, mais un certain nombre de traités multilatéraux, notamment régionaux et sous-régionaux. De même, il existait un droit interne applicable, ainsi qu'un grand nombre de traités bilatéraux de coopération et d'assistance. De plus, cet ensemble de dispositions juridiques comportait de nombreux instruments de «droit mou» («soft law») relatifs à l'assistance humanitaire en cas de catastrophe, notamment des décisions d'organes des Nations Unies et d'autres institutions internationales et aussi d'organisations non gouvernementales.

225. Le Rapporteur spécial a souligné que la Commission avait devant elle une tâche ambitieuse d'actualité, comme l'avaient montré les catastrophes survenues récemment, et qu'elle aurait l'occasion d'examiner les sources disponibles tout en étant fidèle au mandat qu'elle tirait de son Statut, à savoir faire œuvre de codification et de développement progressif du droit international en la matière. Il s'agissait là aussi d'une tâche novatrice et le projet final devait être aussi pragmatique que possible de manière à pouvoir répondre à des besoins réels. Les travaux à mener exigeraient de consulter, outre les acteurs étatiques, les organisations internationales, les organisations non gouvernementales et les entreprises.

⁶⁸⁵ Adoptées lors de la trentième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge, 26-30 novembre 2007.

2. Résumé du débat

226. Les membres de la Commission se sont félicités de ce que le Rapporteur spécial, dans son rapport préliminaire, ait cerné les questions centrales et complexes à aborder au cours de l'examen du champ d'application du sujet, dissipant ainsi les doutes qui auraient pu exister quant à l'opportunité pour la Commission de s'en saisir. Les lames de fond, les ouragans, les cyclones, les tremblements de terre et les crues éclair qui avaient frappé récemment diverses régions du monde avaient apporté de façon éclatante la preuve de l'utilité de l'exercice engagé et de l'ampleur des problèmes en jeu. De même, les membres de la Commission ont salué le mémorandum établi par le secrétariat.

a) Approche fondée sur les droits

227. Plusieurs membres ont approuvé l'idée d'aborder le sujet selon une approche fondée sur les droits, ainsi que le Rapporteur spécial le proposait. Il a été noté qu'une telle méthode était nécessaire en ce sens qu'elle ciblait les besoins des hommes, et par voie de conséquence les obligations et les devoirs de la société envers les individus. D'autre part, pareille méthode, assise sur le droit positif, puiserait en particulier dans le droit international humanitaire, le droit international relatif aux droits de l'homme et le droit international des réfugiés et des personnes déplacées dans leur propre pays, sans nécessairement les copier.

228. Certains membres ont cependant estimé qu'il fallait définir de façon générale ce que recouvrait aux fins du sujet la notion d'approche fondée sur les droits. Selon un point de vue, l'approche fondée sur les droits humains devrait non seulement être perçue sous l'angle de l'octroi d'une protection à l'individu mais aussi tenir compte des intérêts collectifs, en particulier ceux des groupes vulnérables, sans oublier les obligations et les contraintes pesant sur les États frappés par une catastrophe. De même que le droit relatif aux droits de l'homme autorisait certaines dérogations en période de crise, il serait possible, en procédant par analogie, de déterminer les droits et les devoirs qui s'appliqueraient en cas de catastrophe. En outre, une approche fondée sur les droits était sans préjudice des droits des victimes à une assistance humanitaire; il était nécessaire de respecter les droits des États touchés, en particulier leur souveraineté et, conformément au principe de subsidiarité, leur rôle de premier plan dans la mise en mouvement, l'organisation, la coordination et la distribution de l'assistance humanitaire, ce qui ne devrait pas se faire unilatéralement. Il a été souligné qu'une approche fondée sur les droits

ne devrait pas être tenue pour incompatible ou en contradiction avec les principes de souveraineté et de non-intervention.

229. Quelques membres, voyant dans l'approche fondée sur les droits une méthode qui serait axée sur les droits humains de la victime, ont fait observer qu'elle pourrait ne pas lui être bénéfique dans tous les cas. Compte tenu de l'actualité du sujet et du vif intérêt qu'il suscitait, et, en corollaire, des grandes espérances qu'il faisait naître, la Commission se devait de déterminer avec soin si une approche fondée sur les droits serait en fait celle qui conviendrait le mieux pour concrétiser ces espérances. Dans ce contexte, il était essentiel de définir les conséquences qui découleraient d'une approche fondée sur les droits, notamment d'établir si une approche de ce genre devrait amener la Commission à examiner en outre la manière dont il serait donné effet aux droits ainsi déterminés. Aussi a-t-on fait valoir que, nonobstant la place importante revenant dans le cadre général du sujet aux droits des personnes touchées par une catastrophe, c'étaient les obligations à assumer pour faciliter la protection de ces personnes qui devaient véritablement constituer l'élément central. Ces obligations pourraient concerner plusieurs acteurs, notamment l'État affecté, les États offrant une assistance et aussi les organisations internationales et non gouvernementales.

b) Champ d'application du sujet

230. Certains membres ont approuvé la proposition du Rapporteur spécial de situer l'examen du sujet dans une conception large. À ce propos, il a été confirmé que le sujet tel que conçu par la Commission devait porter essentiellement sur les individus dans diverses situations de catastrophe. Selon d'autres membres, partir d'une conception large du sujet ne préjugait en rien de la suite des travaux: il serait plus aisé, à un stade ultérieur, de réduire le champ du sujet plutôt que de l'élargir. De plus, cela n'excluait pas la possibilité d'adopter une démarche progressive, en commençant par s'intéresser aux catastrophes naturelles.

Champ d'application ratione materiae

231. Certains membres ont souligné la nécessité de définir le terme «protection» aux fins du sujet. Il s'agirait en l'occurrence de chercher à déterminer les droits et les obligations des différents acteurs dans une situation de catastrophe. L'exercice pourrait aussi consister à déterminer les droits et devoirs de la communauté internationale dans son ensemble, ce

qui permettrait d'élucider la teneur des obligations *erga omnes*. On a fait valoir qu'en cas de catastrophe, tout un éventail de droits de l'homme étaient en jeu, en particulier le droit à la vie, le droit à l'alimentation, le droit à l'approvisionnement en eau, le droit de disposer d'un abri ou d'un logement, de vêtements et d'installations sanitaires suffisants et le droit de ne pas faire l'objet de discrimination. De même, mention a été faite de l'article 11 de la Convention relative aux droits des personnes handicapées, imposant aux États le devoir d'assurer la protection et la sûreté des personnes handicapées dans diverses situations, dont les catastrophes naturelles⁶⁸⁶. Tout en reconnaissant le rôle joué par les acteurs non étatiques dans la fourniture de l'aide, on a relevé que leurs obligations ne devraient pas s'étendre à l'obligation de protéger. Certains membres ont souligné la nécessité d'insister sur le rôle principal de l'État affecté en tant que principe général et sur le rôle complémentaire et subsidiaire des autres acteurs dans le cadre général de la coopération et de la solidarité internationales. De même, il importait de préciser le contenu d'un droit d'initiative dans la mesure où il avait un lien avec les activités menées par ces acteurs à l'occasion de catastrophes.

232. À propos de la possibilité de donner une définition d'une catastrophe en l'absence de définition généralement convenue en droit international, l'avis a été exprimé que la définition de l'aléa dans le Cadre d'action de Hyogo⁶⁸⁷ constituait un point de départ utile mais qu'elle devait être précisée de manière à ne pas se réduire à une simple formule générale. D'autres membres ont toutefois exprimé l'avis que cette définition était trop large. On a estimé que la définition de la Convention de Tampere constituait, elle, une bonne base de travail pour les travaux à venir⁶⁸⁸.

⁶⁸⁶ «Les États parties prennent, conformément aux obligations qui leur incombent en vertu du droit international, notamment le droit international humanitaire et le droit international des droits de l'homme, toutes mesures nécessaires pour assurer la protection et la sûreté des personnes handicapées dans les situations de risque, y compris les conflits armés, les crises humanitaires et les catastrophes naturelles.»

⁶⁸⁷ Cadre d'action de Hyogo pour 2005-2015, voir le rapport de la Conférence mondiale sur la prévention des catastrophes, tenue à Kobe (Japon) du 18 au 22 janvier 2005 (A/CONF.206/6,) résolution 2:

«L'aléa est défini comme suit: "Manifestation physique, phénomène ou activité humaine susceptible d'occasionner des pertes en vies humaines ou des préjudices corporels, des dommages aux biens, des perturbations sociales et économiques ou une dégradation de l'environnement. Font partie des aléas les conditions latentes qui peuvent à terme constituer une menace. Celles-ci peuvent avoir des origines diverses: naturelles (géologiques, hydrométéorologiques ou biologiques) ou anthropiques (dégradation de l'environnement et risques technologiques)".».

⁶⁸⁸ Par. 6 de l'article 1 de la Convention de Tampere sur la mise à disposition de ressources de télécommunication pour l'atténuation des effets des catastrophes et pour les opérations de secours en cas de catastrophe: «On entend par "catastrophe" une grave perturbation du fonctionnement de la société causant une menace réelle et généralisée à la vie ou à la santé humaine, aux biens ou à l'environnement, que la cause

233. Quelques membres ont fait observer qu'il importait de ne pas limiter le sujet aux seules catastrophes naturelles: les souffrances des hommes étaient indépendantes de l'origine de la catastrophe. Le but de la protection valait pour toutes les catastrophes, quelle que soit leur origine. De fait, il était de plus en plus admis dans les milieux scientifiques que l'activité de l'homme concourait à la survenance de catastrophes naturelles, notamment par exemple la déforestation qui contribuait aux crues. De plus, dans de nombreux cas, les catastrophes mettaient en jeu des situations d'urgence complexes et il n'était pas toujours aisé de déterminer si elles étaient naturelles ou d'origine humaine.

234. D'autres membres ont cependant souligné qu'il conviendrait d'axer le sujet essentiellement sur les catastrophes naturelles, les catastrophes d'origine humaine n'étant appelées à être incluses que si elles atteignaient un certain seuil, par exemple si elles produisaient des effets à l'instar d'une catastrophe naturelle; mais d'autres membres ont considéré qu'il serait impossible de fixer un seuil. De plus, du point de vue politique, les catastrophes naturelles semblaient constituer un sujet moins sensible que les catastrophes d'origine humaine, lesquelles, dans de nombreux cas, s'agissant d'accidents nucléaires et industriels ou de marées noires, faisaient déjà l'objet d'une réglementation au niveau international.

235. Selon un autre point de vue, la distinction entre catastrophe naturelle et catastrophe d'origine humaine ne résolvait pas tous les problèmes de définition. L'essentiel était de déterminer s'il était possible de faire entrer dans la notion de catastrophe la nature des besoins surgis dans une gamme aussi large de situations et si un régime satisfaisant couvrant l'ensemble des besoins pouvait être mis au point.

236. Pour certains membres et comme il apparaissait à l'évidence de l'intitulé même du sujet, la protection de l'environnement ne faisait pas directement partie du régime de protection. De plus, elle était déjà bien réglementée. Toutefois, d'autres membres se sont déclarés favorables à l'éventualité d'inclure l'environnement et les biens dans le champ du sujet, dès lors que leur protection avait un lien avec la protection des personnes, par exemple lorsque la catastrophe visée affectait ou risquait d'affecter la vie, la dignité et les besoins essentiels d'êtres humains. Selon un autre point de vue, les dégâts causés à

en soit un accident, un phénomène naturel ou une activité humaine et qu'il s'agisse d'un événement soudain ou du résultat de processus complexes se déroulant sur une longue période.».

l'environnement ou aux biens ne seraient pas exclus a priori du sujet, dans la mesure où les catastrophes frappant l'environnement seraient prises en compte dans le cadre de la conception large du sujet englobant et les catastrophes naturelles et les catastrophes d'origine humaine.

237. Plusieurs membres ont déclaré souscrire à l'idée d'exclure les conflits armés du champ du sujet. Cette exclusion se justifierait précisément parce qu'il existait un régime bien défini applicable à ces conflits en tant que *lex specialis*. Par ailleurs, il était impératif de veiller à ne pas saper le droit international humanitaire. Pour leur part, d'autres membres ont fait observer qu'il conviendrait d'examiner plus avant la question de l'exclusion des conflits armés. Dans certains cas, dans des situations d'urgence complexes par exemple, une catastrophe naturelle était portée à son paroxysme si elle se superposait à un conflit armé continu. De surcroît, dans le droit des conflits armés internes, les dispositions relatives à l'assistance n'étaient pas aussi fermement établies que dans le droit des conflits armés internationaux; il était peut-être nécessaire d'examiner de plus près la question du déficit de règles dans le contexte des catastrophes.

Champ d'application ratione personae

238. Outre la situation des individus en leur qualité de victimes, il était nécessaire d'examiner le statut, les droits et les obligations de ceux qui fournissaient secours et aide, notamment les autres États, les organisations internationales et les organisations non gouvernementales. On a considéré aussi qu'il fallait procéder à une analyse plus poussée de la question de savoir si la notion de protection des «personnes» devrait inclure à la fois les personnes physiques et les personnes morales.

Champ d'application ratione temporis

239. Certains membres sont convenus avec le Rapporteur spécial qu'il était nécessaire de s'intéresser à toutes les phases d'une catastrophe et d'examiner, au besoin, les questions de prévention, assistance et restauration. On a cependant souligné qu'il fallait agir avec circonspection et ne pas élargir par trop le champ du sujet: de fait, dans certains cas, différents droits et obligations naîtraient selon les phases, qu'il était nécessaire d'identifier pour chacune d'elles, certains droits pouvant être plus adaptés dans une phase que dans d'autres. Il faudrait donc déterminer, pour chaque phase, les branches du droit devant faire l'objet d'un développement et qui créeraient pour les États des obligations spécifiques

exécutoires. À cet égard, d'autres membres ont déclaré préférer que les travaux soient axés, du moins pour le moment, sur l'intervention et l'assistance immédiatement après la survenance d'une catastrophe, parallèlement à la prévention lors de la phase antérieure à l'événement. Il serait utile aussi d'examiner la question de savoir si les catastrophes naturelles brutales avaient des caractéristiques telles qu'elles devraient être traitées différemment des catastrophes progressives.

Champ d'application ratione loci

240. Selon certains membres, la nature du sujet était telle qu'il importait peu qu'une catastrophe se soit produite sur le territoire d'un État ou ait des effets transfrontières. Néanmoins, on a souligné qu'il serait utile d'explorer la question de savoir si les catastrophes, selon qu'elles frappent un seul État ou plusieurs États, présentaient des problèmes spécifiques susceptibles de nécessiter des approches différenciées.

c) Droit à l'assistance humanitaire

241. Plusieurs membres ont souscrit à l'idée que les secours humanitaires devaient reposer sur les principes d'humanité, d'impartialité et de neutralité. Le principe de non-discrimination, le principe de solidarité et la coopération internationale s'appliquaient tout autant. De plus, les principes de souveraineté et d'intégrité territoriale constituaient autant de principes devant présider à la coordination de l'aide humanitaire d'urgence. Certains membres ont fait valoir que la souveraineté entraînait pour l'État des devoirs à l'égard de ses habitants, dont le devoir de protection. Les principes de souveraineté et de non-intervention ne sauraient servir de prétexte pour agir d'une manière excluant l'accès des victimes à l'aide. Toutefois, dans la mesure où la souveraineté ou la non-intervention comportaient et des obligations de faire et des obligations de ne pas faire, la Commission, même si les questions en jeu dans le cadre du sujet prêtaient à controverse, devait s'intéresser au contexte, en particulier dans les cas où un État était récalcitrant et refusait l'aide alors que des êtres humains continuaient de souffrir ou opprimait sa population.

242. À propos plus précisément du droit à l'assistance humanitaire, certains membres ont émis des doutes quant à son existence lorsqu'il était compris comme impliquant le droit d'imposer à un État une aide dont il ne voulait pas, et ils ont prié le Rapporteur spécial de partir de l'hypothèse que ce droit n'existait pas. Un droit dans ce sens serait en opposition avec les principes de souveraineté et de non-intervention, serait contraire au principe du

consentement des États touchés, tel que stipulé dans des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale, notamment l'annexe à la résolution 46/182⁶⁸⁹, et n'était pas étayé par la pratique des États. D'autre part, des considérations de principe militaient puissamment en faveur du rejet d'un tel droit: il pourrait aisément faire l'objet d'un usage abusif et conduire à des traitements inégaux (deux poids, deux mesures).

243. On a signalé aussi qu'au lieu de le percevoir comme un «droit d'imposer une assistance», mieux valait l'interpréter comme étant un «droit de fournir une assistance»; pareille interprétation serait conforme au raisonnement suivi par la Cour internationale de Justice dans l'affaire du *Nicaragua*. Il a été également souligné que si un État touché ne pouvait s'acquitter de son obligation de fournir en temps utile des secours à sa population en détresse, il devait être tenu de solliciter une assistance extérieure.

244. D'autres membres ont souligné qu'il était trop tôt pour discuter du contenu d'un tel droit, qui pourrait faire ultérieurement l'objet d'une analyse détaillée de la part du Rapporteur spécial. On a cependant considéré qu'il s'agissait d'un droit individuel, généralement exercé collectivement, qui figurait implicitement dans le droit international humanitaire et le droit relatif aux droits de l'homme. Son inobservation était tenue pour une violation des droits fondamentaux à la vie et à la dignité humaine.

245. D'autres membres ont souligné qu'il était trop tôt pour discuter du contenu d'un tel droit, qui pourrait faire ultérieurement l'objet d'une analyse détaillée de la part du Rapporteur spécial.

246. On a d'autre part fait observer que la résolution sur l'assistance humanitaire adoptée en 2003 par l'Institut de droit international renfermait des indications utiles sur certains des problèmes à aborder et des solutions qui pourraient y être apportées⁶⁹⁰.

Pertinence du devoir de protéger

247. Tout en notant que le Rapporteur spécial semblait fonder le sujet, à titre provisoire, sur le devoir de protéger, certains membres, compte tenu de la conception large du sujet

⁶⁸⁹ Annexe, par. 3: «La souveraineté, l'intégrité territoriale et l'unité nationale des États doivent être pleinement respectées en conformité avec la Charte des Nations Unies. Dans ce contexte, l'aide humanitaire devrait être fournie avec le consentement du pays touché et en principe sur la base d'un appel du pays touché.».

⁶⁹⁰ Résolution sur l'assistance humanitaire adoptée par l'Institut de droit international en 2003, 02.09.2003, session de Bruges – 2003, seizième Commission.

envisagée, ont souligné qu'il était inévitable de se pencher sur la question de la pertinence du devoir de protéger et d'aborder les diverses questions litigieuses en jeu. Le Rapporteur spécial pourrait aborder ce point dans un prochain rapport et, à cet égard, des textes pertinents ont été mentionnés⁶⁹¹. Certains membres ont également établi un lien entre la protection et des aspects de la sûreté de la personne qui devait être analysé.

248. D'autres membres ont mis en doute l'existence d'un devoir de protéger, en particulier dans le cas de catastrophe. Son émergence en tant que principe se limitait à des circonstances extrêmes, à savoir des situations de violations des droits de l'homme constantes et flagrantes, et le principe ne pouvait être aisément transposé aux secours en cas de catastrophe sans l'appui de l'État. À cet égard, on a rappelé aussi que le Document final du Sommet mondial de 2005 faisait état de la responsabilité de chaque État de protéger ses populations contre le génocide, les crimes de guerre, le nettoyage ethnique et les crimes contre l'humanité. Toute action de la communauté internationale serait menée dans le cadre de l'Organisation des Nations Unies agissant en vertu des chapitres VI et VII de la Charte⁶⁹². Certains membres ne voyaient aucune raison impérieuse de ne pas élargir cette responsabilité aux cas de catastrophe ou de la transposer dans ce domaine.

249. Certains membres ont considéré que le devoir de protéger avait un lien avec l'intervention à des fins humanitaires. La Commission devrait donc aborder la question avec prudence. D'autres membres ont souligné que ce devoir était encore essentiellement un concept politique et moral dont les paramètres juridiques sont encore à développer et qu'il ne modifiait pas le droit relatif à l'usage de la force. Toutefois, pour d'autres membres, le devoir de protéger existait en tant qu'obligation juridique sans nécessairement s'étendre à l'usage de la force.

250. D'autres membres ont fait valoir que l'examen du sujet pouvait aller de l'avant indépendamment de la question de savoir s'il existait ou non un devoir de protéger.

⁶⁹¹ Voir par exemple le Rapport du Groupe de personnalités de haut niveau sur les menaces, les défis et le changement (A/59/565), le Rapport du Secrétaire général intitulé «Dans une liberté plus grande: développement, sécurité et respect des droits de l'homme pour tous (A/59/2005), le rapport de la Commission internationale de l'intervention et de la souveraineté des États intitulé «La responsabilité de protéger» (à consulter sur le site www.iciss-ciise.gc.ca, le document final du Sommet mondial de 2005 (résolution 60/1 de l'Assemblée générale).

⁶⁹² Document final du Sommet mondial de 2005 (résolution 60/1 de l'Assemblée générale).

d) Sources à prendre en considération pour l'examen du sujet

251. On a reconnu que l'exercice engagé par la Commission relèverait probablement davantage de la *lex ferenda* que de la *lex lata*. Il était donc essentiel de réfléchir dûment au régime à mettre en place. Il existait certains droits et obligations juridiques pouvant être acceptés en tant que tels dans un instrument juridique émanant de la Commission. Parallèlement, il existait aussi des droits et des obligations d'ordre moral à recommander *de lege ferenda*. Pour certains membres, la pratique des acteurs non étatiques pouvait être utile aux fins du recensement des meilleures pratiques à observer, mais elle ne saurait être tenue pour une pratique appelée à inspirer la formation du droit coutumier ou l'interprétation du droit conventionnel.

252. Certains membres ont souligné que la Commission devait être fidèle à son mandat et se concentrer sur les aspects juridiques de la matière à l'étude, en faisant porter ses efforts sur la *lex lata* et au besoin en gardant présente à l'esprit la *lex ferenda*.

253. On a aussi considéré que la Commission pouvait mettre l'accent sur la résolution des problèmes pratiques, en portant son attention principalement sur les domaines où il existait un déficit de règles, compte tenu des enseignements tirés de catastrophes passées. Pareille approche aurait pour avantage de restreindre le champ du sujet qui était à ce stade large et de permettre à la Commission de contribuer efficacement à la mise en place d'un cadre juridique applicable en cas de catastrophe. À cet égard, il importait de mieux cerner les domaines dans lesquels l'adoption d'un ensemble d'articles ou de directives se justifiait, en se focalisant sur les problèmes auxquels les personnes se heurtaient en cas de catastrophe. En même temps, on a souligné qu'il était important de ne pas copier ce qui avait déjà été fait ailleurs, par exemple dans les directives adoptées par la trentième Conférence internationale de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge⁶⁹³.

254. Tout en convenant que le droit international humanitaire, le droit relatif aux droits de l'homme, le droit des réfugiés et le droit des personnes déplacées à l'intérieur de leur propre pays présentaient un intérêt pour l'examen du sujet, certains membres ont indiqué que d'autres branches du droit, comme le droit international relatif aux immunités et aux privilèges, le droit douanier et le droit des transports en présentaient un également. On a aussi estimé qu'il fallait éviter de reproduire ces règles en détail.

⁶⁹³ Voir la note 685 ci-dessus.

255. On a souligné aussi que le droit international coutumier n'était pas sans présenter quelque intérêt pour le sujet: il comportait certains principes généraux, comme le principe de souveraineté et le principe de non-intervention, le principe de coopération et la clause Martens, qui revêtaient une grande importance pour le sujet.

256. On a considéré aussi que la Commission devrait non seulement viser à élaborer une série de règles de conduite à l'intention des acteurs concernés, mais aussi se pencher sur les aspects institutionnels de la question, comme la création d'une agence spécialisée chargée de coordonner les interventions et l'assistance dans le cas de catastrophes de grande envergure. À ce propos, on a indiqué aussi qu'il fallait évaluer et analyser le rôle joué en la matière par les organismes des Nations Unies et les organisations non gouvernementales, ainsi que les problèmes rencontrés sur le terrain.

e) Programme de travail futur et forme du produit final

257. Certains membres, partageant en cela l'avis du Rapporteur spécial, ont fait observer qu'il serait souhaitable de décider de la forme du produit final au début de l'examen du sujet. On a aussi souligné que, les travaux de la Commission étant appelés à relever davantage du développement progressif du droit international que de sa codification, l'objectif à fixer dans un souci de pragmatisme consisterait à élaborer un cadre de règles juridiques, de directives ou de mécanismes qui faciliteraient concrètement la coopération internationale dans les interventions en cas de catastrophe. À cet égard, certains membres ont déclaré préférer en règle générale une convention-cadre qui énoncerait des principes généraux et pourrait servir de référence à l'élaboration d'accords spéciaux ou régionaux. D'autres membres se sont déclarés favorables à l'élaboration de directives non contraignantes, considérant que cet objectif serait plus réaliste.

258. Certains membres ont indiqué qu'il était trop tôt pour décider de la forme du produit final et que la décision pouvait être renvoyée à un stade ultérieur. Dans l'intervalle, suivant l'usage établi dans les méthodes de travail, des projets d'articles devraient être présentés à la Commission, pour examen.

259. On a également proposé que le Rapporteur spécial élabore un calendrier provisoire des travaux futurs qui serait examiné par un groupe de travail, en même temps que d'autres questions ayant trait au sujet. Certains membres ont relevé qu'il était prématuré de constituer un tel groupe de travail. On a par ailleurs considéré qu'il serait utile, pour

mieux appréhender les problèmes, d'inviter à un dialogue des experts en la matière des organismes des Nations Unies et de la communauté des organisations non gouvernementales.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

260. Le Rapporteur spécial a remercié les membres de la Commission de leurs observations sur son rapport préliminaire. Il s'est déclaré persuadé que la Commission mènerait le projet à bonne fin, nonobstant sa complexité et la difficulté de la tâche. Les observations détaillées qui avaient été faites aideraient le Rapporteur spécial à élaborer les prochains rapports. Pour mener à terme le projet, il faudrait absolument engager des consultations et prendre des contacts avec les acteurs clefs, notamment les organismes des Nations Unies et la Fédération internationale des sociétés de la Croix-Rouge et du Croissant-Rouge.

261. À propos de la marche à suivre, le Rapporteur spécial s'est félicité de ce que l'idée d'appréhender le sujet dans une optique large avait recueilli un appui général. Dans le même temps, il a reconnu qu'il était possible de procéder en faisant porter les efforts initialement sur les catastrophes naturelles, sans perdre de vue les autres types de catastrophes. À ce propos, il a rappelé que dans l'étude de 2006, la Commission avait déjà anticipé cette démarche lorsqu'elle avait proposé d'examiner dans l'immédiat les activités entreprises dans le cadre d'une catastrophe naturelle, sans préjudice de l'inclusion éventuelle de l'examen des principes et règles internationaux régissant les mesures prises dans le cadre d'autres types de catastrophes⁶⁹⁴. C'est ainsi que la Commission avait demandé en 2007 au secrétariat d'établir une étude limitée dans un premier temps aux catastrophes naturelles⁶⁹⁵.

262. Tout en reconnaissant que la notion de protection était suffisamment large pour englober les trois phases d'une catastrophe, le Rapporteur spécial a également souligné que, du moins dans un premier temps, les efforts devraient porter sur l'intervention, sans nécessairement exclure à un stade ultérieur la prévention et l'atténuation d'une part et la restauration d'autre part.

⁶⁹⁴ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10), annexe C, par. 1 et 2.*

⁶⁹⁵ *Ibid., soixante-deuxième session, Supplément n° 10 (A/62/10), par. 386.*

263. Le Rapporteur spécial a souligné que l'œuvre de codification tenant compte des droits des victimes était solidement ancrée en droit. Elle donnait lieu à des droits opposables, accompagnés de droits et de devoirs correspondants pour les autres acteurs, dans le cadre des principes de souveraineté, de non-intervention et de coopération – autant de principes qui avaient été réaffirmés dans 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 (résolution 2625 (XXV) de l'Assemblée générale, en date du 24 octobre 1970). L'État affecté non seulement avait au premier chef la responsabilité de venir en aide à la population affectée, mais encore son consentement était essentiel pour la fourniture de l'assistance humanitaire.

264. Le Rapporteur spécial a également relevé qu'il appartiendrait à la Commission de mettre au point des projets d'articles sans préjudice de la forme du produit final. L'objectif, comme indiqué dans l'étude de 2006, consisterait à élaborer un ensemble de dispositions qui serviraient de cadre juridique à la conduite des activités internationales de secours en cas de catastrophe, précisant les principes et les notions juridiques de base, créant ainsi un «espace» juridique dans le cadre duquel les secours en cas de catastrophe pourraient se déployer dans des conditions de sécurité. Le texte pourrait servir de cadre de référence pour une série d'accords spécifiques en la matière entre les différents acteurs concernés, y compris mais pas uniquement les organismes des Nations Unies⁶⁹⁶. Le produit final revêtirait la forme d'une convention ou d'une déclaration type ou de directives. À cet égard, le Rapporteur spécial a appelé l'attention sur l'intérêt que présentait la Convention-cadre d'assistance en matière de protection civile, faite à Genève le 22 mai 2000.

⁶⁹⁶ Ibid; *soixante et unième session, Supplément n° 10 (A/61/10)*, annexe C, par. 24.

CHAPITRE X

IMMUNITÉ DES REPRÉSENTANTS DE L'ÉTAT DEVANT LA JURIDICTION PÉNALE ÉTRANGÈRE

A. Introduction

265. La Commission a décidé, au cours de sa cinquante-neuvième session (2007), d'inscrire à son programme de travail le sujet «L'immunité de juridiction pénale étrangère des représentants de l'État» et a nommé M. Roman A. Kolodkin Rapporteur spécial pour le sujet⁶⁹⁷. Lors de la même session, la Commission a prié le Secrétariat d'établir une étude générale sur le sujet⁶⁹⁸.

B. Examen du sujet à la présente session

266. À la présente session, la Commission a été saisie du rapport préliminaire du Rapporteur spécial (A/CN.4/601), ainsi que d'un mémorandum du Secrétariat sur le sujet (A/CN.4/596). La Commission a examiné le rapport de sa 2982^e à sa 2987^e séance, du 22 au 25 et les 29 et 30 juillet 2008.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son rapport préliminaire

267. Le Rapporteur spécial a indiqué que son rapport préliminaire avait pour objet de donner un bref historique de l'examen du sujet par la Commission et l'Institut de droit international et d'exposer les questions que la Commission devrait analyser dans le cadre de l'examen du sujet et de l'élaboration de tout instrument futur à laquelle elle pourrait procéder. Il a fait observer que depuis la publication du plan d'études joint en annexe au rapport de 2006 de la Commission⁶⁹⁹, l'attention portée à la question de l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions pénales étrangères n'avait pas faibli: de nouveaux travaux avaient été publiés et plusieurs décisions avaient été rendues par des juridictions nationales et internationales, dont l'arrêt rendu récemment par la Cour

⁶⁹⁷ À sa 2940^e séance, le 20 juillet 2007 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 376). L'Assemblée générale, aux termes du paragraphe 7 de la résolution 62/66 en date du 6 décembre 2007, a pris note de la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Le sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission au cours de sa cinquante-huitième session (2006), sur la base d'une proposition figurant à l'annexe A du rapport de la Commission (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), par. 257).

⁶⁹⁸ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante-deuxième session, Supplément n° 10* (A/62/10), par. 386.

⁶⁹⁹ *Documents officiels de l'Assemblée générale, soixante et unième session, Supplément n° 10* (A/61/10), annexe A, p. 457 à 477.

internationale de Justice en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale (Djibouti c. France)*⁷⁰⁰. Le rapport préliminaire de même que le mémorandum informatif du Secrétariat rendaient compte des très nombreuses informations disponibles, mais la question était loin d'être épuisée. Le Rapporteur spécial a ajouté qu'il avait essayé dans son rapport préliminaire d'exposer objectivement les différentes opinions qui avaient été exprimées en la matière et qu'il avait à l'occasion fait part, à titre préliminaire, de ses points de vue sur certaines questions.

268. Le Rapporteur spécial a souligné qu'il avait passé en revue dans son rapport quelques-unes seulement des questions que la Commission devrait examiner plus avant et qu'il entendait aborder dans son rapport suivant les questions préliminaires restantes, notamment la question de la portée de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère et certaines questions de procédure, par exemple celle de la levée de l'immunité.

269. De l'avis du Rapporteur spécial, l'intitulé même du sujet donnait une idée de ses contours. La Commission devait examiner uniquement la question de l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions *pénales étrangères*, laissant ainsi de côté les questions de l'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux et les juridictions nationales de l'État de nationalité du représentant, et celle de l'immunité en matière pénale ou administrative devant les juridictions étrangères. De plus, les travaux de la Commission devraient être axés sur l'immunité au regard du droit international et non au regard du droit interne: les dispositions des législations nationales ne devraient entrer en jeu que si elles prouvaient l'existence d'un droit international coutumier.

270. Le Rapporteur spécial a insisté sur le fait que la question de l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère se posait dans les relations d'État à État. Conformément à la doctrine et à la jurisprudence prédominantes (et malgré certaines décisions de justice qui avaient justifié l'immunité en renvoyant à la courtoisie internationale), le Rapporteur spécial a considéré qu'il existait suffisamment d'éléments pour affirmer que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère trouvait sa source non pas dans la courtoisie internationale mais, en tout premier lieu, dans le droit international, en particulier le droit international coutumier.

⁷⁰⁰ Arrêt du 4 juin 2008 (pour le texte de l'arrêt, voir le site Internet officiel de la Cour <http://www.icj-cij.org>).

271. Le Rapporteur spécial a fait en outre observer que la juridiction pénale ne se limitait pas à sa dimension judiciaire et recouvrait les démarches de l'Exécutif entreprises bien avant le procès à proprement parler, la question de l'immunité étant alors souvent réglée par les États par la voie diplomatique au stade préjudiciel. Le Rapporteur spécial a noté par ailleurs que la juridiction pénale ne s'exerçait pas à l'égard de l'État, mais que des poursuites pénales engagées contre un représentant d'un État étranger pouvaient affecter la souveraineté et la sécurité de cet État et constituer une immixtion dans ses affaires intérieures, singulièrement lorsque des représentants de rang élevé étaient en cause. Il n'a pas jugé utile d'analyser de façon plus approfondie la question de la juridiction *per se*.

272. Pour le Rapporteur spécial, en matière d'immunité, la norme juridique ou le principe supposait l'existence d'un droit de l'État de nationalité du représentant ou du représentant de l'État lui-même d'être exempté de la juridiction et, en corollaire, d'une obligation incombant à l'État étranger. Il conviendrait aussi d'examiner la question de savoir si l'obligation incombant à l'État étranger ne visait que l'obligation de ne pas exercer sa juridiction ou si elle visait aussi l'obligation de prendre des mesures pour empêcher qu'il ne soit porté atteinte à l'immunité. D'autre part, le Rapporteur spécial a émis l'avis que, par nature, l'immunité tenait du droit procédural et non du droit matériel: alors qu'elle soustrayait l'individu à la juridiction exécutive et à la juridiction judiciaire, elle ne le soustrayait pas à la juridiction prescriptive, c'est-à-dire qu'elle ne le libérait pas de l'obligation de respecter la loi de l'État étranger et qu'elle ne l'exonérait pas de sa responsabilité pénale en cas de violation de celle-ci. Le Rapporteur spécial a également indiqué que, déjà à ce stade, il avait l'impression que le sujet à l'étude, en fait, n'était pas celui de l'immunité de la juridiction pénale étrangère, mais plutôt celui de l'immunité de certaines mesures de procédure pénale ou de l'exercice de l'action pénale. Toutefois, il a ajouté que ce point ne serait éclairci qu'à l'issue de l'examen de la question de la portée de l'immunité.

273. Le Rapporteur spécial a posé la question de savoir si la Commission devait définir la notion d'«immunité» aux fins du sujet. Il a rappelé que la Commission avait rejeté cette idée lors de ses travaux sur le sujet des immunités juridictionnelles des États et de leurs biens. Il a fait observer en outre qu'une distinction était généralement établie entre deux types d'immunité à l'égard des représentants de l'État: immunité *ratione personae* (ou immunité personnelle) et immunité *ratione materiae* (ou immunité fonctionnelle). La

distinction semblait utile à des fins d'analyse, encore que ces deux types d'immunité partagent certaines caractéristiques communes.

274. Le Rapporteur spécial a émis l'avis que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère s'expliquait par le jeu confiné de la théorie de l'«intérêt de la fonction» et de la théorie du «caractère représentatif» et que, juridiquement et politiquement, elle s'appuyait sur les principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans leurs affaires intérieures, ainsi que sur la nécessité de garantir la stabilité des relations internationales et l'exercice en toute indépendance par les États de leurs fonctions.

275. S'agissant de la portée du sujet quant aux personnes qui seraient concernées, le Rapporteur spécial a noté que le titre renvoyait à la notion générique de «représentants de l'État». Bien que, dans certains cas, il ait été fait mention dans ce contexte des seuls chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères, il était largement admis que tous les représentants de l'État jouissaient d'une immunité *ratione materiae*. Dans la pratique, les États abordaient la question de l'immunité de leurs représentants devant les juridictions pénales étrangères selon le poste occupé. Le Rapporteur spécial a donc proposé de conserver la notion générale de «représentants de l'État», que la Commission pourrait définir aux fins du sujet. Il a souligné aussi que la Commission devrait examiner le statut à la fois des représentants de l'État en exercice et de ceux qui ne l'étaient plus.

276. À propos de l'immunité *ratione personae*, le Rapporteur spécial a fait observer que, au regard en particulier de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'*affaire relative au mandat d'arrêt*⁷⁰¹, il était évident que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères bénéficiaient de ce type d'immunité. La question demeurerait cependant de savoir si d'autres représentants de haut rang (par exemple ministres de la défense, vice-premiers ministres, etc.) bénéficieraient eux aussi de l'immunité personnelle. La Commission ne saurait trancher cette question en se contentant d'énumérer les postes officiels concernés, mais elle devrait plutôt chercher à définir les critères à appliquer pour déterminer quels étaient les représentants qui bénéficiaient de l'immunité personnelle.

⁷⁰¹ *Affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique)*, arrêt, C.I.J. Recueil 2002, p. 21 et 22, par. 51.

277. Enfin, le Rapporteur spécial a appelé l'attention de la Commission sur deux questions situées en marge du sujet, à savoir celle du rôle de la reconnaissance dans le contexte de l'immunité et celle de l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État, et principalement des représentants de haut rang. Le Rapporteur spécial a considéré que la première question ne se posait que dans des cas exceptionnels. En conséquence, il a déclaré douter de l'opportunité d'explorer plus avant ces deux questions.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

278. On a félicité le Rapporteur spécial pour son rapport préliminaire exhaustif, qui offrait une excellente base de discussion. Des membres ont par ailleurs exprimé leurs remerciements au Secrétariat pour la haute qualité du mémorandum circonstancié qu'il avait soumis.

279. On a appuyé la proposition du Rapporteur spécial tendant à ce que la Commission n'examine pas, dans le cadre du sujet, la question de l'immunité devant les tribunaux pénaux internationaux et devant les juridictions de l'État de nationalité du représentant en cause.

280. Quelques membres ont souligné que les immunités des agents diplomatiques, des fonctionnaires consulaires, des membres des missions spéciales et des représentants des États auprès des organisations internationales faisaient déjà l'objet d'une codification et qu'il n'était pas nécessaire d'y revenir dans le cadre du sujet.

b) Sources

281. Des membres sont convenus avec le Rapporteur spécial que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère reposait sur le droit international, en particulier le droit international coutumier, et non uniquement sur la courtoisie internationale. Les travaux de la Commission pouvaient ainsi s'appuyer sur une base normative solide et constitueraient alors véritablement une œuvre de codification des règles existantes. À cet égard, certains membres ont souligné que la Commission devrait se pencher sur les décisions pertinentes des juridictions nationales. Parallèlement, on a noté que la Commission devrait procéder avec circonspection en analysant la valeur de ces décisions aux fins de déterminer l'état du droit international en la matière. De l'avis de

certaines membres, il y avait place dans cette matière pour le développement progressif du droit international.

c) **Notions de base**

282. Des membres se sont référés aux notions de base exposées dans le rapport préliminaire. À propos de la notion de «juridiction», certains membres ont souscrit au point de vue du Rapporteur spécial selon lequel elle couvrait la gamme complète des mesures de procédure, et on a appuyé l'idée de porter une attention particulière à la phase préjudicielle. On a noté par ailleurs que, comme expliqué dans le rapport préliminaire et conformément à l'avis de la Cour internationale de Justice⁷⁰², la juridiction précédait logiquement l'immunité, en ce sens que la question des immunités, quel qu'en soit l'aspect ne se posait qu'après que le tribunal eut établi sa compétence pour connaître de l'affaire.

283. Certains membres ont proposé que la Commission examine les effets de l'immunité du point de vue du principe de la compétence universelle en tenant compte de l'évolution des législations et des jurisprudences nationales et à la lumière du développement du système international, notamment la création de la Cour pénale internationale. Certains ont fait observer que l'affirmation par des tribunaux nationaux du principe de la compétence universelle avait engendré des méprises, provoqué l'aggravation de tensions entre États et fait penser à des abus à motifs politiques ou autres⁷⁰³.

284. Au sujet de la notion d'«immunité» elle-même, certains membres ont appuyé l'idée selon laquelle la Commission devrait chercher à la définir. On a fait observer à cet égard que l'immunité revêtait un caractère procédural et qu'elle n'exonérait pas le représentant d'un État de son devoir de se conformer à la législation nationale ni de sa responsabilité pénale en cas de violation de celle-ci. On a souscrit à l'analyse du Rapporteur spécial selon laquelle l'immunité mettait en jeu un rapport juridique, qui impliquait le droit du représentant d'un État de ne pas être assujéti à une juridiction pénale étrangère et l'obligation correspondante incombant à l'État étranger concerné.

⁷⁰² *Mandat d'arrêt*, p. 20, par. 46.

⁷⁰³ Voir par exemple la décision prise par l'Assemblée de l'Union africaine sur le rapport relatif à l'utilisation abusive du principe de compétence universelle (Assembly/AU/Dec.199(XI) du 1^{er} juillet 2008).

285. Quelques membres ont considéré que, contrairement à ce qui était proposé dans le rapport préliminaire, la Commission ne devrait pas s'interdire de s'intéresser à la question de l'immunité des mesures conservatoires ou des mesures d'exécution; d'autres membres ont toutefois approuvé la suggestion contenue dans le rapport. Alors que certains membres ont déclaré appuyer l'intention du Rapporteur spécial d'analyser la pratique suivie s'agissant des immunités des représentants de l'État et de l'État lui-même des juridictions civiles étrangères, vu les caractéristiques communes que cette question présentait avec le sujet à l'étude, d'autres membres ont maintenu que ces immunités, par nature, différaient par trop des immunités de juridiction pénale pour prendre appui en l'occurrence sur cette pratique.

286. Certains membres ont souscrit à l'idée que, dans son fondement, l'immunité comportait un double élément, un élément fonctionnel et un élément de représentation, et qu'elle se justifiait par les principes d'égalité souveraine des États et de non-ingérence dans leurs affaires intérieures et aussi par la nécessité de garantir la stabilité des relations entre États. Tandis que certains membres ont mis l'accent sur le rôle de l'élément fonctionnel de l'immunité qui se dessinait dans la pratique récente, d'autres ont rappelé que l'élément de représentation continuait de jouer, dès lors que certains représentants de l'État bénéficiaient de l'immunité parce qu'ils étaient censés incarner l'État lui-même.

287. Il a été généralement admis qu'une distinction pouvait être établie entre deux types d'immunité des représentants de l'État: l'immunité *ratione personae* et l'immunité *ratione materiae*. Certains membres ont souligné que ces notions étaient importantes en ce sens qu'elles permettaient de distinguer le statut des représentants de haut rang et autres représentants du statut des représentants en exercice et de ceux qui ne l'étaient plus. Selon un point de vue, il était préférable d'ignorer cette typologie et de prendre en considération les notions d'«acte accompli à titre officiel» et d'«acte accompli à titre privé» et la dimension temporelle de l'immunité (par exemple à l'égard des actes commis avant l'entrée en fonctions ou à l'égard des actes commis par d'anciens représentants dans l'exercice de leurs fonctions). Il a été souligné aussi qu'il ne fallait pas confondre l'immunité *ratione materiae* des représentants de l'État avec l'immunité de l'État lui-même; selon un autre point de vue cependant, toutes les immunités des représentants de l'État découlaient de l'immunité de l'État.

d) Personnes couvertes par l'immunité

288. À propos de la terminologie à employer pour définir les personnes couvertes par l'immunité, certains membres ont appuyé la proposition du Rapporteur spécial de continuer à employer, à ce stade, l'expression «représentants de l'État» («State officials»). D'autres membres ont toutefois considéré qu'il serait peut-être préférable d'employer les mots «agents» ou dans le texte anglais «*representatives*». On a fait observer qu'en tout état de cause, il conviendrait de déterminer avec précision les personnes entrant dans la définition. On a exprimé l'avis que la gamme des personnes couvertes par l'immunité pourrait être limitée à celles exerçant les prérogatives spécifiques de l'État (critère qui permettrait d'exclure du champ d'application du sujet certaines catégories d'agents comme les enseignants, le personnel médical, etc.); à cet égard, mention a été faite de la notion de «service public» employée par la Cour de justice des Communautés européennes.

289. On a appuyé l'avis du Rapporteur spécial selon lequel le sujet devrait couvrir tous les représentants de l'État, étant donné qu'ils bénéficiaient de l'immunité *ratione materiae*. Toutefois, quelques membres ont considéré que la Commission ne devrait s'intéresser qu'à la question de l'immunité des chefs d'État, chefs de gouvernement et ministres des affaires étrangères. Le Rapporteur spécial a été encouragé à étudier plus avant le statut des anciens représentants de l'État, en particulier à la lumière de l'affaire *Pinochet*⁷⁰⁴ et du paragraphe 61 de l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*⁷⁰⁵.

290. Certains membres ont appuyé l'idée que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères (la «troïka») jouissaient de l'immunité *ratione personae*. Des membres ont cependant fait valoir que la conclusion de la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*, à savoir que les ministres des affaires étrangères jouissaient d'une telle immunité, n'avait pas de fondement solide en droit international coutumier comme l'expliquait l'opinion dissidente émise dans cette affaire. D'autres membres ont au contraire noté le rôle prééminent qui revenait au ministre des affaires étrangères dans la conduite des affaires internationales

⁷⁰⁴ Voir, en particulier, Royaume-Uni, House of Lords, *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet Ugarte*, 24 mars 1999, reproduit dans *International Legal Materials*, vol. 38, 1999, p. 581 à 663.

⁷⁰⁵ *Mandat d'arrêt*, p. 26, par. 61.

ainsi que sa qualité de représentant, qui justifiaient qu'il soit traité sur le même pied, en matière d'immunité, que le chef de l'État. Au cours du débat, on s'est aussi demandé si l'immunité personnelle s'étendait à d'autres catégories de représentants de haut rang. Certains membres ont exclu cette possibilité, mettant en avant le rôle de représentation particulier que les trois catégories de représentants susmentionnées jouaient dans les relations internationales, la pauvreté de la pratique pour étayer toute extension de l'immunité et des considérations de principe. D'autres membres ont estimé que l'immunité *ratione personae* devait être aussi accordée à certains représentants de l'État de rang élevé (dont, outre ceux mentionnés par le Rapporteur spécial, les vice-présidents, les membres du gouvernement, les présidents des chambres, les présidents des juridictions nationales suprêmes, les chefs des collectivités constitutives d'un État fédéral, etc.); ils ont demandé à la Commission de déterminer les critères à appliquer pour définir ces représentants, comme par exemple celui du caractère représentatif ou de l'importance des fonctions exercées. À l'appui de cet argument, on a invoqué l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*⁷⁰⁶, mais certains membres ont fait valoir que la Cour semblait avoir adopté une optique plus restrictive dans sa dernière décision en date, rendue dans l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*⁷⁰⁷. D'autres membres, tout en admettant que certains autres représentants de rang élevé, outre les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères, pouvaient bénéficier de l'immunité *ratione personae*, ont considéré que la Commission devrait limiter ses travaux à ces trois catégories et laisser ouverte la question de savoir si d'autres représentants de l'État pouvaient également jouir de l'immunité. On a souligné que, de toute façon, aucun représentant de l'État ne continuerait de jouir de l'immunité personnelle à la cessation de ses fonctions. L'idée a été émise que certains représentants de l'État jouissaient de l'immunité *ratione personae* quand ils agissaient *ès qualités* à l'étranger parce qu'il fallait les considérer comme chargés d'une mission spéciale.

291. On a estimé que la Commission devrait procéder à une analyse plus poussée de la question de l'immunité du personnel militaire déployé à l'étranger en temps de paix, laquelle faisait souvent l'objet d'accords multilatéraux ou bilatéraux mais soulevait aussi des questions de droit international général.

⁷⁰⁶ Ibid., p. 21 et 22, par. 51.

⁷⁰⁷ Arrêt du 4 juin 2008, op. cit., par. 194.

292. Quant au rôle de la reconnaissance dans le contexte de l'immunité, l'avis a été exprimé qu'il s'agissait en l'occurrence d'une question fondamentale, que la Commission devrait examiner. Toutefois, certains membres ont appuyé l'avis du Rapporteur spécial selon lequel cette question ne faisait pas partie du mandat confié à la Commission dans le cadre du sujet à l'étude et que, au mieux, une clause «sans préjudice» pouvait être adoptée sur ce point. Certains membres ont indiqué que si un État existait, l'immunité devrait être accordée à ses représentants indépendamment de la reconnaissance. De même, on a émis l'avis que l'immunité ne devrait pas s'étendre aux représentants des États autoproclamés qui n'avaient pas obtenu la reconnaissance générale de la communauté internationale. Enfin, certains membres ont estimé que la Commission devrait examiner les conséquences de la non-reconnaissance d'une entité en tant qu'État sur l'immunité de ses représentants.

293. Pour certains membres, l'immunité des membres de la famille des représentants de l'État reposait essentiellement sur la courtoisie internationale et n'entrait pas dans le cadre du sujet. Pour d'autres cependant, la Commission devrait traiter de cette question.

e) La question des exceptions éventuelles à l'immunité

294. Quelques membres ont invité instamment le Rapporteur spécial, lorsqu'il examinerait la portée de l'immunité dans son prochain rapport, à s'intéresser tout particulièrement à la question fondamentale de savoir si les représentants de l'État jouissaient de l'immunité dans le cas des crimes de droit international.

295. À cet égard, certains membres ont considéré qu'il existait suffisamment d'éléments, à la fois dans la pratique des États et dans les travaux passés de la Commission (notamment le projet de code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité de 1996) pour affirmer qu'il existait une exception à l'immunité dans les cas où le représentant d'un État était accusé d'un crime de cette nature. Certains membres ont fait valoir qu'en traitant de l'immunité de la juridiction pénale étrangère, il ne fallait pas perdre de vue le fait que les statuts et la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux excluaient cette immunité. Des membres ont ajouté que la position adoptée par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt*⁷⁰⁸ allait à l'encontre de la tendance générale qui montrait que la communauté internationale dans son ensemble condamnait certains crimes (comme l'illustrait la position adoptée par la Chambre d'appel

⁷⁰⁸ *Mandat d'arrêt*, p. 3.

du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie dans l'affaire *Blaškić*⁷⁰⁹) et que la Commission ne devrait pas hésiter soit à s'écarter de ce précédent, soit procéder au titre du développement progressif du droit international. Selon certains membres, la Commission devrait en outre déterminer si le droit international avait changé depuis l'arrêt en question, en particulier compte tenu des législations nationales adoptées depuis pour mettre en œuvre le Statut de Rome de la Cour pénale internationale. Selon d'autres, le contenu et les prolongements de l'arrêt appelaient un examen plus poussé.

296. Certains membres ont donné plusieurs explications pour justifier les exceptions à l'immunité, notamment le caractère non officiel des crimes de droit international, le caractère impératif de la règle portant interdiction des crimes entrant dans cette catégorie (*jus cogens*), ou encore la condamnation de ces crimes par la communauté internationale dans son ensemble. Le Rapporteur spécial a été invité à se pencher, dans son prochain rapport, sur ces explications possibles pour déterminer en particulier si ces exceptions s'appliquaient à tous les crimes de droit international ou seulement à quelques-uns et si elles étaient applicables, et dans quelle mesure elles l'étaient, à l'immunité *ratione materiae* ou également à l'immunité *ratione personae*. Certains membres ont souligné que ces questions mettaient en jeu l'équilibre à trouver entre l'intérêt qu'il y avait à mettre un terme à l'impunité en cas de crime de droit international et l'intérêt qu'il y avait à garantir la liberté d'action des États au niveau international. On a considéré qu'il conviendrait également d'étudier les moyens d'articuler cette exception à l'immunité de manière à renforcer les tribunaux pénaux internationaux, compte tenu du caractère complémentaire de la compétence de la Cour pénale internationale: par exemple, on pouvait envisager que les représentants des États qui avaient accepté la compétence de la Cour bénéficieraient

⁷⁰⁹ *Le Procureur c. Blaškić* (IT-95-14), Chambre d'appel, arrêt relatif à la requête de la République de Croatie aux fins d'examen de la décision de la Chambre de première instance II rendue le 18 juillet 1997, par. 41:

«Il est bien établi que le droit international coutumier protège l'organisation interne de chaque État souverain [...]. Le corollaire de ce pouvoir exclusif des États est que chacun d'eux est en droit d'exiger que les actes ou opérations accomplis par l'un de ses organes agissant *ès qualités* soient imputés à l'État, si bien que l'organe en question ne peut être tenu de répondre de ces actes ou opérations. La règle générale en cause est bien établie en droit international et repose sur l'égalité souveraine des États (*par in parem non habet imperium*). Les rares exceptions concernent une conséquence particulière de cette règle. Ces exceptions naissent des normes du droit international pénal prohibant les crimes de guerre, les crimes contre l'humanité et le génocide. D'après ces normes, les responsables de ces crimes ne peuvent invoquer l'immunité à l'égard des juridictions nationales ou internationales, même s'ils ont commis ces crimes dans le cadre de leurs fonctions officielles. De même, d'autres catégories de personnes (par exemple les espions, tels que définis à l'article 29 du Règlement concernant les lois et coutumes de guerre sur terre annexé à la Convention IV de La Haye de 1907), bien qu'agissant en tant qu'organes de l'État, peuvent être tenues pour personnellement responsables de leurs actes illicites.»

d'une immunité totale de la juridiction pénale étrangère, tandis que les représentants des États qui ne l'avaient pas fait ne bénéficieraient pas de l'immunité dans le cas des crimes de droit international.

297. Certains autres membres ont soutenu qu'il y avait de bonnes raisons pour que la Commission hésite à restreindre l'immunité. À leur avis, l'arrêt *Mandat d'arrêt* était le reflet de l'état actuel du droit international et l'évolution après sa parution des jurisprudences internationales et nationales et des législations nationales le confirmait plutôt qu'elle ne le mettait en question. On ne pouvait donc dire que cet arrêt allait à l'encontre d'une tendance générale. La non-immunité devant les tribunaux internationaux n'était pas un argument en faveur d'une restriction analogue devant les tribunaux nationaux, bien au contraire. L'arrêt *Blaškić* du Tribunal pénal international pour l'ex-Yougoslavie n'était donc pas pertinent. Pour ces membres, des principes juridiques importants et des considérations politiques inclinaient à maintenir en l'état le droit international, tel qu'il s'exprimait par exemple dans l'arrêt *Mandat d'arrêt*. Selon eux encore, les principes de l'égalité souveraine et de la stabilité des relations internationales n'étaient pas de simples considérations abstraites mais correspondaient à des valeurs juridiques de fond, par exemple la protection des États faibles de la discrimination exercée par des États forts, la nécessité de protéger les droits de l'homme, qu'il s'agisse de personnes soupçonnées d'avoir commis un crime ou de personnes qui pouvaient être affectées par l'éventuelle perturbation des relations interétatiques, et finalement, dans les cas extrêmes, la nécessité même de respecter les règles applicables à l'emploi de la force.

298. Ces membres ont soutenu que si la Commission avait comme toujours à envisager des propositions *de lege ferenda*, elle devait les faire après analyse attentive et complète de la *lex lata* et des raisons politiques sur lesquelles celle-ci est construite. C'était seulement sur cette base que l'on pourrait trouver un fructueux équilibre des intérêts entre les principes de l'immunité et la lutte contre l'immunité. À leur avis, le caractère de *jus cogens* de certaines normes internationales n'affectait pas nécessairement le principe de l'immunité des représentants de l'État devant la juridiction pénale nationale.

299. Certains membres ont souligné que la Commission devrait également examiner d'autres exceptions possibles à l'immunité des représentants de l'État, à savoir dans le cas d'actes accomplis à titre officiel sur le territoire d'un État étranger sans l'autorisation de ce

dernier, par exemple sabotage, enlèvement, meurtre commis par l'agent d'un service de renseignements étranger, intrusion aérienne et maritime dans le territoire, ou espionnage.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

300. Résumant les principales orientations qui se dégageaient du débat, le Rapporteur spécial a fait observer qu'il était généralement convenu que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère trouvait sa source essentiellement dans le droit international, en particulier le droit international coutumier. Il a noté que certains membres avaient mis en exergue l'importance que la pratique des États et les décisions des juridictions nationales revêtaient à cet égard.

301. À propos de la notion de «immunité», l'idée selon laquelle elle dénotait un rapport juridique mettant en jeu des droits et des obligations correspondantes et qu'elle revêtait un caractère procédural (encore qu'un membre ait fait valoir qu'elle relevait du droit substantiel) avait recueilli un appui général. Il était également largement admis que l'immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère concernait aussi bien l'immunité de juridiction exécutive que l'immunité de juridiction judiciaire et qu'elle était particulièrement importante au stade préjudiciel. Des vues divergentes avaient été émises sur la question de savoir si la Commission devrait examiner le thème de la compétence: le Rapporteur spécial a expliqué qu'il entendait l'analyser ultérieurement, sans toutefois proposer de projet d'articles sur ce point.

302. Quant à la justification de l'immunité, certains membres avaient admis qu'elle se justifiait à la fois par la théorie fonctionnelle et la théorie représentative et que les différents motifs plaidant en faveur de l'immunité avaient des liens entre eux. Cependant, on avait relevé que la justification de l'immunité variait selon la catégorie à laquelle les représentants de l'État appartenaient. On avait fait valoir par exemple que l'immunité d'un chef d'État se justifiait par le fait que celui-ci personnifiait l'État lui-même et que cette justification ne pourrait s'appliquer à l'immunité d'autres représentants de l'État.

303. Des membres avaient aussi reconnu que la distinction entre immunité *ratione personae* et immunité *ratione materiae* était commode à des fins d'analyse, mais le Rapporteur spécial a fait observer qu'il en était rarement tenu compte dans les instruments normatifs.

304. Le débat avait par ailleurs permis de clarifier la portée du sujet telle qu'elle était perçue par la Commission. De l'avis général, les immunités des agents diplomatiques, des fonctionnaires consulaires, des membres des missions spéciales et des représentants des États au sein et auprès des organisations internationales n'entraient pas dans le cadre du sujet. La majorité des membres convenaient aussi que la question de l'immunité de juridiction pénale internationale devait être exclue du sujet, mais le Rapporteur spécial a indiqué que, comme proposé par quelques membres et sans préjudice de ses conclusions futures, il avait l'intention de se pencher sur la question de la compétence pénale universelle au moment d'étudier les exceptions éventuelles à l'immunité.

305. Vu les différentes opinions exprimées à propos de la question de la reconnaissance, le Rapporteur spécial a considéré que la Commission pouvait examiner les effets éventuels de la *non-reconnaissance* d'une entité en tant qu'État sur l'octroi de l'immunité à ses représentants.

306. À propos de la portée du sujet quant aux personnes qui seraient couvertes par l'immunité, la majorité des membres s'était déclarée favorable à la prise en compte du statut de tous les «représentants de l'État» et avait appuyé l'emploi de cette expression, que la Commission devait définir au cours de ses travaux futurs.

307. Quant à l'immunité *ratione personae*, il y avait un large accord sur le fait que les chefs d'État, les chefs de gouvernement et les ministres des affaires étrangères en bénéficiaient, mais des vues divergentes avaient été mises en avant quant à son extension à d'autres représentants de haut rang. Selon certains membres, l'immunité personnelle se limitait aux trois catégories de représentants susmentionnées. D'autres membres avaient confirmé que d'autres représentants de l'État pouvaient bénéficier de l'immunité personnelle, tout en faisant part de leur préoccupation face à l'idée d'étendre cette immunité au-delà de la «troïka». D'autres membres, tout en se déclarant favorables à l'idée d'étendre l'immunité, avaient souligné qu'il fallait procéder sur ce point avec prudence: ils avaient recommandé que la Commission, au lieu de se livrer à une simple énumération, définisse les critères à appliquer pour déterminer quels autres représentants de l'État pourraient aussi se voir accorder une immunité personnelle. Le Rapporteur spécial a noté qu'il conviendrait à cet égard d'examiner plus avant notamment l'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice en l'affaire relative à *Certaines questions concernant l'entraide judiciaire en matière pénale*.

308. Les avis semblaient également partagés quant à l’opportunité pour la Commission de se pencher sur la question de l’immunité des membres de la famille des représentants de l’État. À ce stade du moins, les débats n’avaient pas convaincu le Rapporteur spécial de revenir sur sa position: il persistait à considérer qu’il n’était pas réaliste de traiter de cette question dans le cadre du sujet à l’étude, mais il l’examinerait plus à fond.

309. Le Rapporteur spécial a également noté qu’il avait été proposé que la Commission examine aussi la question de l’immunité du personnel militaire en poste à l’étranger en temps de paix.

310. Le Rapporteur spécial est ensuite passé au contenu éventuel de son prochain rapport. Il a répété qu’il entendait y étudier la portée et les limites de l’immunité des représentants de l’État de la juridiction pénale étrangère (à la fois *ratione personae* et *ratione materiae*), notamment la question des exceptions éventuelles à l’immunité dans le cas des crimes de droit international et d’actes accomplis à titre officiel illicitement sur le territoire d’un État exerçant sa compétence. Il étudierait en particulier le rapport de l’immunité aux normes impératives de droit international général (*jus cogens*) et la responsabilité des États; les effets de l’immunité sur l’exercice de la compétence universelle dans le cas des crimes de droit international les plus graves; et la pratique relative à d’autres infractions, comme la corruption ou le blanchiment d’argent. Il examinerait également la distinction entre «acte accompli à titre officiel» et «acte accompli à titre privé» aux fins de l’immunité *ratione materiae*, en particulier la question de savoir si la nature ou la gravité d’un fait illicite pouvaient en affecter sa qualification en tant que fait commis dans l’exercice de ses fonctions. Le Rapporteur spécial a souligné que la question importante était de savoir s’il existait des exceptions à l’immunité dans le droit international général, parce qu’il ne faisait aucun doute qu’il était possible d’établir des exceptions à l’immunité par voie conventionnelle. Il analyserait aussi les immunités dont bénéficiaient les représentants de l’État en exercice et ceux qui ne l’étaient plus. Enfin, dans son rapport suivant, il traiterait des aspects procéduraux de l’immunité, notamment la levée de l’immunité et certaines questions posées par l’arrêt rendu récemment en l’affaire relative à *Certaines questions concernant l’entraide judiciaire en matière pénale* (par exemple celle de savoir si l’État qui revendique l’immunité pour un de ses représentants devrait notifier les autorités de l’État étranger concerné ou s’il devrait prétendre et prouver que le fait en question a été accompli par son représentant dans l’exercice de ses fonctions).

311. Le Rapporteur spécial a conclu son intervention par certaines observations sur sa méthode et son approche du sujet. À son avis, l'arrêt rendu en 2002 par la Cour internationale de Justice dans l'affaire relative au *Mandat d'arrêt* était une décision judiciaire qui faisait date. Il avait été adopté à une large majorité et rendait compte avec clarté et précision de l'état actuel du droit international en la matière. Le Rapporteur spécial a souligné que ses rapports reposeraient en premier lieu sur un examen minutieux de la pratique des États, des décisions des juridictions internationales et des juridictions nationales et de la doctrine. Quant à la pratique judiciaire, il a noté que les décisions en la matière rendues par divers tribunaux devraient être analysées compte tenu de l'ordre chronologique dans lequel elles s'inscrivaient. Quant aux décisions des juridictions nationales, elles étaient pertinentes en soi et parce qu'elles se fondaient sur des éléments à travers lesquels les États exprimaient leur position sur le sujet. Le Rapporteur spécial continuait à penser que les décisions concernant l'immunité de la juridiction civile pouvaient présenter un intérêt pour le sujet. Enfin, il a souligné que son but était non pas de formuler des propositions abstraites sur ce que le droit international pouvait être, mais de travailler sur la base d'éléments du droit international en vigueur en la matière.

CHAPITRE XI

L'OBLIGATION D'EXTRADER OU DE POURSUIVRE (*aut dedere aut judicare*)

A. Introduction

312. À sa cinquante-septième session (2005), la Commission a décidé d'inscrire le sujet «L'obligation d'extrader ou de poursuivre (*aut dedere aut judicare*)» à son programme de travail et a nommé M. Zdzisław Galicki Rapporteur spécial⁷¹⁰.

313. À ses cinquante-huitième (2006) et cinquante-neuvième (2007) sessions, la Commission a reçu et examiné le rapport préliminaire et le deuxième rapport du Rapporteur spécial⁷¹¹.

B. Examen du sujet à la présente session

314. À la présente session, la Commission était saisie du troisième rapport du Rapporteur spécial (A/CN.4/603) et des observations et informations reçues des gouvernements (A/CN.4/599)⁷¹². Elle a examiné le rapport à ses 2984^e, 2987^e et 2988^e séances les 24, 30 et 31 juillet 2008.

315. À sa 2988^e séance, le 31 juillet 2008, la Commission a décidé de créer un groupe de travail sous la présidence de M. Alain Pellet. La composition et le mandat de ce groupe seront définis à la prochaine session.

1. Présentation par le Rapporteur spécial de son troisième rapport

316. Le Rapporteur spécial a indiqué que son troisième rapport s'inscrivait dans le prolongement de la démarche qui consistait à formuler, à l'intention des États et des membres de la Commission, un certain nombre de questions sur les aspects les plus importants du sujet, afin de lui permettre de tirer des conclusions sur le principal

⁷¹⁰ À sa 2865^e séance, le 4 août 2005 (*Documents officiels de l'Assemblée générale, soixantième session, Supplément n° 10* (A/60/10), par. 500). Au paragraphe 5 de sa résolution 60/22 en date du 23 novembre 2005, l'Assemblée générale a approuvé la décision de la Commission d'inscrire le sujet à son programme de travail. Ce sujet avait été inscrit au programme de travail à long terme de la Commission à sa cinquante-sixième session (2004), sur la base de la proposition annexée au rapport de la même année (*Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10* (A/59/10), par. 362 et 363).

⁷¹¹ A/CN.4/571 et A/CN.4/585 et Corr.1, respectivement.

⁷¹² Pour les observations et informations dont la Commission était saisie à sa cinquante-neuvième session, voir A/CN.4/579 et Add.1 à 4.

problème, celui de savoir si l'obligation *aut dedere aut judicare* faisait partie du droit international coutumier. À cet égard, le Rapporteur spécial a suggéré à la Commission de demander une nouvelle fois aux gouvernements de lui communiquer leurs observations et des informations concernant le sujet.

317. Abordant les projets d'articles contenus dans le troisième rapport, le Rapporteur spécial a rappelé que le projet d'article premier, tel que proposé dans le deuxième rapport⁷¹³, avait reçu un accueil favorable au sein de la Commission. Dans la nouvelle version de ce projet d'article⁷¹⁴, le Rapporteur spécial avait tenu compte des observations faites à la Commission du droit international et à la Sixième Commission: ainsi, l'adjectif «alternative» avait été remplacé par «juridique», pour souligner le caractère juridique de l'obligation, et trois formulations différentes avaient été proposées pour le dernier membre de phrase de la disposition. Le Rapporteur spécial n'était toutefois pas convaincu par la suggestion d'éliminer l'énumération des phases de l'obligation («établissement, teneur, fonctionnement et effets»).

318. En ce qui concerne le projet d'article 2⁷¹⁵, le Rapporteur spécial proposait, dans son rapport, quatre termes ou expressions pouvant être définis dans le projet d'articles, mais invitait la Commission à suggérer d'autres termes à inclure dans cette disposition. De son avis, le projet d'article 2 devait rester «ouvert» jusqu'à la fin des travaux de la Commission sur le sujet. Le membre de phrase entre crochets dans le paragraphe 2 de ce

⁷¹³ A/CN.4/585, par. 76. Pour le texte de ce projet d'article, voir également *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-neuvième session, Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 350, note 563.

⁷¹⁴ Le projet d'article premier se lit comme suit:

Champ d'application

Le présent projet d'articles s'applique à l'établissement, au contenu, au fonctionnement et aux effets de l'obligation juridique de l'État d'extrader ou de poursuivre des personnes [relevant de sa compétence] [se trouvant sur son territoire] [soumises à son contrôle].

⁷¹⁵ Le projet d'article 2 se lit comme suit:

Définitions

1. Aux fins du présent projet d'articles:
 - a) On entend par «extradition»...;
 - b) On entend par «poursuites»...;
 - c) On entend par «compétence» ou «juridiction»...;
 - d) On entend par «personnes relevant de sa juridiction»...
2. Les dispositions du paragraphe 1 concernant les expressions employées dans le présent projet d'articles ne préjudicient pas à l'emploi de ces expressions ni au sens qui peut leur être donné dans [d'autres instruments internationaux ou dans] le droit interne d'un État.

projet d'article (qui étendait la portée de la «clause sans préjudice» à «d'autres instruments internationaux») s'inspirait de dispositions similaires d'instruments dont le texte de base avait été élaboré par la Commission, comme la Convention de Vienne sur le droit des traités ou la Convention des Nations Unies sur les immunités juridictionnelles des États et de leurs biens.

319. Le projet d'article 3⁷¹⁶, qui avait été proposé dans le deuxième rapport et n'avait rencontré aucune opposition ni de la part de la Commission ni de la part de la Sixième Commission, reflétait le fait qu'on s'accordait en général à reconnaître que l'obligation d'extrader ou de poursuivre avait sa source dans les traités internationaux. Le Rapporteur spécial faisait observer que le nombre croissant de traités imposant cette obligation pouvait être une indication de la pratique des États et autorisait à commencer de formuler une norme coutumière appropriée.

320. Le Rapporteur spécial a réaffirmé que les projets d'articles sur le sujet pouvaient s'inspirer du projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité adopté par la Commission en 1996.

321. Le Rapporteur spécial a conclu son intervention en rappelant que plusieurs questions initiales concernant le sujet n'étaient toujours pas résolues. Il pensait que la Commission devait trouver une solution de compromis au sujet de la manière de régler le problème de la relation entre l'obligation *aut dedere aut judicare* et le principe de compétence universelle. Quant au «troisième élément de l'alternative» (c'est-à-dire la remise du délinquant présumé à un tribunal pénal international compétent), il lui semblait qu'un rejet complet de la question était prématuré et qu'il convenait de prendre en considération les lois nationales récentes portant application du Statut de Rome de la Cour pénale internationale.

⁷¹⁶ Le projet d'article 3 se lit comme suit:

Les traités comme source de l'obligation d'extrader ou de poursuivre

Un État est tenu d'extrader ou de poursuivre une personne accusée d'une infraction si un traité auquel il est partie l'y oblige.

2. Résumé du débat

a) Observations générales

322. Quelques membres se sont félicités de la méthode qui avait présidé à l'élaboration du troisième rapport. On a encouragé le Rapporteur spécial à s'attacher à analyser les principales questions qui se posaient dans le cadre du sujet et à formuler des propositions spécifiques pour permettre à la Commission d'avancer dans ses travaux, sans attendre les informations et les observations des gouvernements. À cet égard, le Rapporteur spécial a été invité à se fonder sur la pratique des États et la doctrine en la matière, qui étaient riches.

323. Quelques membres de la Commission ont dit qu'ils s'étaient abstenus d'émettre des observations sur les questions de fond qui avaient été déjà abordées dans des rapports précédents, tout en notant que des doutes persistaient sur diverses questions qui étaient au cœur du sujet. D'autres ont indiqué qu'ils avaient l'intention de présenter leurs commentaires l'année prochaine.

b) Observations sur les projets d'articles proposés par le Rapporteur spécial

324. À propos du projet d'article premier proposé par le Rapporteur spécial, certains membres ont jugé inutile de qualifier l'obligation d'extrader ou de poursuivre de «juridique». Ils ont par ailleurs suggéré de reprendre dans le dernier membre de phrase de la disposition le libellé de l'article premier de la Convention européenne des droits de l'homme («relevant de sa juridiction»). Il a été proposé de remplacer dans le texte anglais l'intitulé du projet d'article par «Scope». Différents points de vue ont été exprimés quant à l'opportunité de faire référence explicitement «à l'établissement, à la teneur, au fonctionnement et aux effets» de l'obligation. On a indiqué par ailleurs que le Rapporteur spécial devait développer la disposition.

325. Quant au projet d'article 2, la liste des définitions proposée par le Rapporteur spécial a recueilli quelque appui, mais il a été suggéré de définir séparément les notions de «personnes» et «personnes relevant de sa juridiction» et d'ajouter à la liste l'expression «compétence universelle». On a exprimé l'avis que le paragraphe 2 était inutile, étant donné la clause conditionnelle figurant au paragraphe 1 («aux fins du présent projet d'articles»).

326. Il a été indiqué que l'idée sous-jacente au projet d'article 3, à savoir l'idée que les traités constituaient une source de l'obligation d'extrader ou de poursuivre, ne soulevait aucune controverse; selon un point de vue, il était toutefois important d'énoncer ce principe explicitement dans le projet d'articles de manière à confirmer que tout traité pouvait constituer une source directe de l'obligation sans qu'il soit nécessaire d'invoquer des fondements législatifs supplémentaires. Le Rapporteur spécial a été invité à analyser dans son commentaire à la disposition les traités qui renfermaient l'obligation d'extrader ou de poursuivre. On a noté que la question majeure à régler demeurerait celle du caractère coutumier éventuel de l'obligation.

c) Observations sur les travaux futurs de la Commission sur le sujet

327. On a considéré que le Rapporteur spécial, dans son prochain rapport, devrait continuer à traiter des questions générales de fond et proposer des articles concrets touchant l'obligation d'extrader ou de poursuivre, comme par exemple celles de sa source (droit coutumier, principe général de droit), de son rapport à la compétence universelle, des infractions qui feraient l'objet de l'obligation (en particulier, les crimes graves relevant du droit international) et du «troisième élément de l'alternative». L'avis a été exprimé que le Rapporteur spécial, après avoir établi le caractère coutumier de l'obligation, devrait s'intéresser à ces questions de fond. Le Rapporteur spécial pourrait ensuite aborder l'examen des questions de procédure, comme les motifs possibles de refuser l'extradition, les garanties à fournir en cas d'extradition ou encore la manière de gérer des demandes d'extradition simultanées. D'autres questions pendantes ont été mentionnées au cours du débat: celle de savoir s'il serait souhaitable de proposer une définition applicable de ce qu'il fallait entendre par obligation d'extrader ou de poursuivre; celle de savoir comment les deux termes de l'obligation jouaient concrètement; celle de savoir si l'obligation pouvait s'appliquer dans les cas où la personne n'était pas présente sur le territoire de l'État concerné; celle de savoir si l'obligation était déclenchée par une demande d'extradition.

328. Selon un autre point de vue, il serait peut-être préférable que la Commission examine les éléments de l'obligation d'extrader ou de poursuivre indépendamment de la source de l'obligation. Il a donc été proposé que la Commission examine, en premier lieu, les conditions qui mettraient en mouvement l'obligation de poursuivre, notamment la présence de l'auteur présumé de l'infraction sur le territoire de l'État, l'existence d'une

demande d'extradition qui a été rejetée, la compétence de l'État à l'égard de l'infraction en cause, etc. La Commission pourrait ensuite passer à la teneur de l'obligation et examiner des questions comme celle de la manière de concilier l'obligation de poursuivre avec l'exercice discrétionnaire du pouvoir judiciaire de poursuivre, celle de savoir si l'existence d'éléments de preuve affectait le fonctionnement de cette obligation, celle de savoir si l'auteur présumé de l'infraction devrait être maintenu en détention dans l'attente d'une décision sur son extradition ou les poursuites à engager, etc. En procédant de la sorte, la Commission mettrait à la disposition des États un ensemble de règles utiles fondées sur la pratique.

3. Conclusions du Rapporteur spécial

329. Le Rapporteur spécial a relevé que certains membres avaient centré leurs observations sur la méthodologie suivie pour l'élaboration du troisième rapport. Notant de nouveau que seul un petit nombre d'États avait répondu aux questions posées par la Commission, il est convenu de la nécessité de progresser plus rapidement dans les travaux et d'adopter une démarche plus autonome.

330. S'agissant du projet d'article premier proposé dans son troisième rapport, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il en reverrait le texte compte tenu des observations formulées, à savoir en supprimant l'adjectif «juridique» qualifiant l'obligation de l'État, jugé superfétatoire, et en modifiant l'intitulé. Certains membres par ailleurs ont semblé préférer maintenir l'expression «personnes relevant de sa compétence». Il apparaissait de plus du débat que, pour certains membres, l'obligation naissait uniquement dans le cas où l'auteur présumé de l'infraction se trouvait sur le territoire de l'État et qu'elle était subordonnée à une demande d'extradition. Le Rapporteur spécial a fait observer que des opinions divergentes avaient été émises quant à l'opportunité de mentionner dans le texte du projet d'article les phases de l'obligation. En outre, à son avis, certaines questions de fond devaient être examinées plus avant, en particulier celle de la définition de la nature et de la teneur exactes de l'obligation d'extrader ou de poursuivre et des infractions susceptibles de relever de cette obligation.

331. Passant au projet d'article 2, le Rapporteur spécial a indiqué qu'il envisagerait la possibilité d'inclure parmi les termes à définir par la Commission les mots ou expressions «personnes», «personnes relevant de sa juridiction» et «compétence universelle». À propos du projet d'article 3, il a déclaré partager l'avis selon lequel il devrait incorporer

dans son commentaire des exemples des divers traités renfermant l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

332. Quant aux travaux futurs de la Commission sur le sujet, le Rapporteur spécial a annoncé qu'il centrerait son quatrième rapport sur les principales questions de fond en jeu, comme les sources de l'obligation d'extrader ou de poursuivre et la teneur et la portée de l'obligation. Ce faisant, il se référerait aux travaux passés de la Commission sur le projet de Code des crimes contre la paix et la sécurité de l'humanité. Quant à l'économie du futur projet d'articles, il a pris note de la suggestion faite par certains membres tendant à ce que la Commission formule des propositions spécifiques sur les questions de procédure pertinentes, comme les conditions du déclenchement de l'obligation d'extrader ou de poursuivre.

CHAPITRE XII

AUTRES DÉCISIONS ET CONCLUSIONS DE LA COMMISSION

A. Programme, procédures, méthodes de travail et documentation de la Commission

333. À sa 2971^e séance, le 4 juin 2008, la Commission a constitué un Groupe de planification pour la session en cours.

334. À sa 2997^e séance, le 8 août 2008, la Commission a pris note du projet de cadre stratégique pour la période 2010-2011, concernant le Programme 6 (Affaires juridiques), Sous-programme 3 (Développement progressif et codification du droit international).

335. Le Groupe de planification a tenu cinq séances. Il était saisi de la section G du résumé thématique des débats de la Sixième Commission de l'Assemblée générale à sa soixante-deuxième session, intitulée «Autres décisions et conclusions de la Commission», de la résolution 62/66 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, relative au rapport de la Commission du droit international sur les travaux de sa cinquante-neuvième session (en particulier ses paragraphes 8, 9 et 14 à 25) et de la résolution 62/70 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007 sur l'état de droit aux niveaux national et international.

1. Célébration du soixantième anniversaire de la Commission et réunion avec les conseillers juridiques

336. La Commission note que, dans le cadre des manifestations tenues pour célébrer son soixantième anniversaire, elle a convoqué le 19 mai 2008 une séance solennelle au cours de laquelle des déclarations ont été faites par M. Sergei Ordzhonikidze, Directeur général de l'Office des Nations Unies à Genève, S. E. M^{me} Micheline Calmy-Rey, Conseillère fédérale de la Confédération suisse, M. Nicolas Michel, Secrétaire général adjoint, Conseiller juridique de l'Organisation des Nations Unies et le Président de la Commission, M. Edmundo Vargas Carreño. S. E. M. Srgian Kerim, Président de l'Assemblée générale des Nations Unies, a adressé un message vidéo, tandis que S. E. M^{me} le juge Rosalyn Higgins, Président de la Cour internationale de Justice, a prononcé une allocution liminaire⁷¹⁷.

⁷¹⁷ L'allocution liminaire du Président de la Cour internationale de Justice et les déclarations du Directeur général, du Conseiller juridique et du Président de la Commission peuvent être consultées sur le site Internet de la Commission à l'adresse suivante: www.un.org/law/ilc.

337. La séance solennelle a été suivie d'une réunion d'un jour et demi avec les conseillers juridiques, tenue les 19 et 20 mai. Cette réunion, consacrée aux travaux de la Commission sous le thème général «*La Commission du droit international: soixante ans ... et maintenant?*», comprenait une série de groupes de discussion auxquels ont participé les conseillers juridiques des États Membres, d'autres spécialistes du droit international et les membres de la Commission, actuels et anciens, qui se sont penchés sur des aspects pratiques des travaux de la Commission et sa coopération avec les États Membres en vue du développement progressif du droit international et de sa codification⁷¹⁸. Les discussions se sont déroulées sur la base des règles de Chatham House et il n'a pas été gardé trace écrite de la réunion.

338. La Commission est très heureuse que de nombreux conseillers juridiques, juges de la Cour internationale de Justice, anciens membres de la Commission et autres spécialistes du droit international se soient joints à elle dans ces célébrations. Elle félicite le Secrétariat, ainsi que le groupe de membres de la Commission auquel en avaient été confiés les préparatifs⁷¹⁹, du succès de l'organisation de cette manifestation commémorative.

339. La Commission note aussi que la réunion avec les conseillers juridiques a constitué un forum utile pour des échanges de vues et juge utile de tenir de telles réunions au moins une fois par quinquennat, de préférence avant le milieu du quinquennat.

⁷¹⁸ Le discours d'introduction générale, intitulé «*Quel rôle pour la Commission du droit international au XXI^e siècle?*», a été prononcé par M. Georges Abi-Saab. a) Sir Michael Wood a présenté le premier groupe de questions et présidé le débat consacré au thème subsidiaire «*Un organe subsidiaire composé d'experts indépendants: la Commission est-elle adaptée à ses buts?*». Le premier panel sur le sujet «*La composition de la Commission: profils d'un codificateur*» était animé par M. A. Pellet et M. R. E. Fife (Norvège). Le deuxième panel sur le sujet «*La Commission et les gouvernements: indifférence mutuelle ou interaction continue?*» était animé par M. Z. Galicki et M. J. B. Bellinger (États-Unis d'Amérique). b) M. James Crawford a présenté le deuxième groupe de questions et présidé le débat consacré au thème subsidiaire «*La Commission et ses méthodes de travail: comment accomplir le mandat?*» M. D. Momtaz a également présidé une partie de la session. Le troisième panel sur le sujet «*Au sein de la Commission: est-il nécessaire de revoir les méthodes de travail?*» était animé par M. C. Yamada et A. E. Villalta (El Salvador). Le quatrième panel sur le sujet «*Ouvrir la Commission: partage des expériences avec d'autres organes?*» était animé par M^{me} P. Escameia et M. A. Havas Oegroseno (Indonésie). M. Ahmed Mahiou a présenté le troisième groupe de questions et présidé le débat consacré au thème subsidiaire «*Perspectives pour la Commission: quels résultats pour les sujets à venir?*». Le cinquième panel sur le sujet «*Sujets futurs de la Commission: la fin de l'Âge d'Or?*» était animé par M. E. Candioti et M^{me} L. Lijnzaad (Pays-Bas). Le sixième panel sur le sujet «*Les résultats des travaux de la Commission: la codification et le développement progressif doivent-ils toujours être atteints au moyen de traités?*» était animé par M. J. Dugard et M^{me} P. O'Brien (Irlande). M^{me} Brigitte Stern a tiré les conclusions générales de la réunion.

⁷¹⁹ Le Groupe était composé des membres suivants: M. E. Candioti, M. P. Comissário Afonso, M. Z. Galicki, M. A. Pellet et M. C. Yamada. Le Président de la Commission à sa cinquante-neuvième session, M. I. Brownlie, et le Président du Groupe de planification à la cinquante-neuvième session, M. E. Vargas Carreño, étaient membres de droit.

340. La Commission note aussi avec satisfaction que des États Membres, en association avec des organisations régionales, des associations professionnelles, des institutions universitaires et les membres de la Commission intéressés, ont organisé des réunions nationales ou régionales, qui étaient consacrées aux travaux de la Commission⁷²⁰. Elle considère que de telles réunions, particulièrement aux niveaux national et régional, aident à mieux faire comprendre et apprécier le rôle de la Commission dans le développement progressif et la codification du droit international et encourage les États Membres, en association avec les organisations régionales, les associations professionnelles, les institutions universitaires et les membres de la Commission intéressés, à continuer de tenir de telles manifestations s'il y a lieu.

2. Examen de la résolution 62/70 de l'Assemblée générale en date du 6 décembre 2007, relative à l'état de droit aux niveaux national et international

341. Par sa résolution 62/70 relative à l'état de droit aux niveaux national et international, l'Assemblée générale a, entre autres dispositions, invité la Commission à lui rendre compte, dans les rapports qu'elle lui soumet, de ce qu'elle fait actuellement pour promouvoir l'état de droit. La Commission sait bien que le point de l'ordre du jour de l'Assemblée consacré à l'état de droit aux niveaux national et international couvre un éventail de questions plus large que le contenu actuel de son propre ordre du jour. Elle garde à l'esprit ces autres aspects du point de l'ordre du jour de l'Assemblée.

342. Conformément au mandat énoncé au paragraphe 1 a) de l'Article 13 de la Charte des Nations Unies, la Commission continue de promouvoir le développement progressif et la codification du droit international. Dans ses travaux en cours, elle s'efforce de répondre aux demandes de l'Assemblée générale et élabore des projets de traités, de directives et d'autres instruments portant sur un large éventail de questions juridiques. Pour chacun des

⁷²⁰ La Commission a notamment été informée des activités ci-après: un séminaire organisé par le Conseil argentin pour les relations internationales et l'Institut argentin des ressources en eau sur le thème de la gestion intégrée des aquifères transfrontières s'est tenu à Buenos Aires le 5 octobre 2007, et un document intitulé «*Temas recientes de la Comisión de Derecho Internacional*» a été publié à cette occasion; une table ronde organisée par la Société latino-américaine de droit international sur le thème «Le sixantième anniversaire de la Commission du droit international: contributions et perspectives d'Amérique latine», s'est tenue à Genève le 21 mai 2008; une manifestation organisée par l'Institut de hautes études internationales et du développement sur le thème «La Commission du droit international a soixante ans. Bilan et perspectives» s'est tenue à Genève le 28 mai 2008; un colloque organisé à l'occasion du sixantième anniversaire de la Commission sur le thème «La paix par le droit: rôle de la Commission du droit international de l'Organisation des Nations Unies», auquel tous les membres de la Commission étaient invités, s'est tenu à Munich le 11 juillet 2008.

sujets inscrits à son programme de travail actuel⁷²¹, la Commission a adopté une approche systématique de la recherche des sources du droit, en accordant une attention particulière aux traités, à la pratique des États, à l'*opinio juris*, aux principes généraux et aux décisions rendues par les juridictions nationales et internationales. Ainsi, dans ses travaux actuels, la Commission s'attache à promouvoir l'état de droit dans les relations internationales en employant des méthodes généralement acceptées pour l'identification du droit: ces méthodes donnent la prééminence aux actes des États et à leurs perceptions, tout en tenant compte de la pratique des organisations internationales et, s'il y a lieu, du rôle croissant que jouent les organisations non gouvernementales et les individus dans la conduite des affaires mondiales.

343. Pour promouvoir l'état de droit dans les relations internationales, la Commission se fonde sur le principe qui veut que les États, quels que soient leur taille, leur pouvoir ou leur influence par exemple, sont tous soumis aux règles contraignantes du droit. De manière générale, elle élabore des projets de règles conçus pour être universellement applicables, et défend le principe selon lequel tout différend relatif à l'interprétation ou à l'application de ces règles doit faire l'objet d'un règlement pacifique. Mais bien que la Commission donne la primauté au droit dans la conduite des affaires internationales et s'efforce de formuler des règles qui donnent effet à ce principe fondamental de l'état de droit, cette approche ne fait pas nécessairement obstacle à la prise en compte de considérations d'ordre politique de la part des acteurs internationaux et de la communauté internationale. Dans certains cas, les règles du droit peuvent elles-mêmes suggérer ou nécessiter la mise en œuvre de politiques particulières et dans d'autres, la relative rareté de la pratique et autres indices du droit existant encourage la Commission à faire des propositions *de lege ferenda*. Dans tous les cas, cependant, la Commission présuppose que l'état de droit exige des États, des organisations internationales et des autres entités internationales qu'ils conduisent leurs affaires dans le strict respect du droit. On en trouve un exemple dans les travaux de la Commission relatifs aux effets des conflits armés sur les traités: l'approche qu'elle a adoptée dans l'examen de ce sujet illustre implicitement l'idée que, même en cas de conflit armé, il y a des règles de droit contraignantes applicables au comportement des États.

⁷²¹ Pour les sujets figurant dans le programme de travail actuel de la Commission, voir chap. I, par. 11.

344. Au niveau international, l'état de droit nécessite de prêter une attention particulière à la teneur de certaines règles. En ce qui concerne les questions inscrites actuellement à son ordre du jour, la Commission veille tout particulièrement à ce que les règles qu'elle propose concilient de manière équilibrée des intérêts étatiques et non étatiques divergents, en tenant compte des précédents établis. Ainsi, par exemple, pour les règles qu'elle est en train d'élaborer sur les aquifères transfrontières, elle met soigneusement en balance différentes perspectives en s'appuyant sur l'information technique et scientifique pertinente et sur les principes du droit généralement reconnus. L'importance d'établir un équilibre entre des intérêts divergents est également clairement reflétée, pour ce qui est du programme de travail actuel, dans l'examen des sujets de la responsabilité des organisations internationales, de l'obligation d'extrader ou de poursuivre et des réserves aux traités, entre autres. Au fond, des projets de règles qui respectent un tel équilibre font avancer l'état de droit en encourageant l'ordre, la clarté et la cohérence dans les relations internationales. Pour certaines questions inscrites à son ordre du jour, une grande attention à la teneur des règles peut également permettre à la Commission de prendre directement en compte des considérations relatives aux droits de l'homme telles que la dignité humaine, la sécurité de la personne et l'équité lorsqu'elle élabore ses projets de règles. Ainsi, l'examen de sujets tels que l'expulsion d'étrangers, l'immunité des représentants de l'État devant les juridictions pénales étrangères et la protection des personnes en cas de catastrophe nécessite d'étudier attentivement les normes relatives aux droits de l'homme généralement acceptées à la lumière des principes bien établis de la souveraineté de l'État et de la non-intervention. Lorsque la Commission promeut des règles qui mettent en avant des notions telles que l'équité, la sécurité et la justice pour les individus sans porter atteinte à l'autorité légitime de l'État, elle contribue au développement de l'état de droit.

345. Étant l'un des divers organes de l'ONU qui s'occupent directement de questions juridiques, la Commission continue de coopérer avec d'autres organismes internationaux en vue de promouvoir l'état de droit. Sa tâche principale consiste à élaborer des règles, et elle la mène à bien en étroite collaboration avec les États représentés à l'Assemblée générale. Cependant, la nature des fonctions exercées par la Commission ne se prête pas au type de coordination au niveau du Secrétariat décrit dans le rapport du Secrétaire général intitulé «Unissons nos forces: renforcement de l'action de l'ONU en faveur de l'état de droit»⁷²². La Commission se trouve également dans une relation qui a été

⁷²² A/61/636-S/2006/980, par. 48 à 50.

qualifiée de symbiotique avec la Cour internationale de Justice, organe judiciaire suprême des Nations Unies. À maintes reprises, la Cour s'est appuyée sur des traités en tant qu'instruments contraignants en eux-mêmes et sur d'autres documents établis par la Commission en tant qu'expression probante du droit international coutumier. Réciproquement, la Commission reconnaît la plus haute autorité à la jurisprudence de la Cour; par exemple, dans ses travaux actuels sur des questions telles que les réserves aux traités ou la responsabilité des organisations internationales, la Commission a plusieurs fois formulé des projets de règles se référant directement aux décisions de la Cour ou reposant sur des argumentations construites par analogie avec certains raisonnements de la Cour. Cette relation entre la Cour et la Commission contribue à promouvoir l'état de droit, non seulement grâce à l'application cohérente et transparente de règles claires, mais aussi en démontrant que des organes différents qui déterminent le droit adoptent la même approche lorsqu'il s'agit d'identifier les règles du droit international. Les tribunaux régionaux et nationaux, eux-aussi, se sont parfois montrés disposés à appliquer des projets de règles de la Commission en tant qu'expression du droit international; ainsi, par exemple, au cours des dernières années, plusieurs tribunaux se sont expressément référés à des propositions formulées dans les projets de règles de la Commission relatifs à la responsabilité des organisations internationales, renforçant par là le statut des projets de règles concernés et soulignant le caractère concret de la contribution actuelle de la Commission à l'état de droit.

346. D'une manière générale, donc, la Commission demeure attachée à l'état de droit dans toutes ses activités. On peut même dire que l'état de droit constitue l'essence de la Commission, car sa mission principale est d'orienter le développement et la formulation du droit. La Commission adopte une approche systématique dans ses travaux et propose des solutions concrètes à des questions internationales. De la sorte, elle continue de s'appuyer sur une tradition solide dont on célèbre actuellement le soixantième anniversaire, tradition qui comprend les travaux préparatoires de grands instruments tels que la Convention de Vienne sur les relations diplomatiques et la Convention de Vienne sur le droit des traités. Lorsqu'elle élabore des règles générales fondées sur la pratique des États et les activités pertinentes d'autres acteurs internationaux, la Commission tire parti du fait que sont représentés en son sein les principaux systèmes juridiques du monde et tous les groupes régionaux reconnus au sein du système des Nations Unies. Elle demeure attachée à l'idée que tous les États, quelle que soit leur situation, doivent respecter la

primauté du droit. Elle est consciente du fait que des projets de règles qui ne tiennent pas compte d'intérêts étatiques et non étatiques divergents ne peuvent avoir qu'une valeur limitée. Enfin, en coopérant avec d'autres organes qui aident à déterminer et à appliquer le droit, la Commission contribue à faire en sorte qu'à une époque où il existe une tendance assez marquée à la fragmentation du droit, certaines règles de droit soient appliquées de manière uniforme par des États et entités très divers.

3. Relations entre la Commission et la Sixième Commission

347. La Commission a continué d'examiner les moyens de renforcer davantage le dialogue entre elle-même et la Sixième Commission eu égard aux appels lancés à cet effet par l'Assemblée générale dans ses résolutions annuelles. Elle tient à réaffirmer que ses séances plénières sont ouvertes aux délégations intéressées et que ses projets de rapport, publiés sous la cote A/CN.4/L. ... en tant que documents à distribution limitée (documents à cote L) et généralement adoptés au cours de la dernière semaine de la session de la Commission, peuvent être consultés par avance, sous réserve des modifications qui pourront leur être apportées au cours de la phase d'adoption. Les projets de rapport sont placés dans le Système de diffusion électronique des documents de l'ONU (SEDOC)⁷²³.

348. La Commission se félicite de la poursuite de la pratique des consultations officieuses sous forme de discussions thématiques entre les membres de la Sixième Commission et ses propres membres participant aux sessions de l'Assemblée générale, car elle y voit un moyen utile de renforcer le dialogue sur les divers sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission.

349. La Commission sait aussi que la réunion officieuse des conseillers juridiques qui est convoquée au cours de l'examen par la Sixième Commission du rapport de la CDI a à son ordre du jour diverses questions de droit international. Pour donner encore plus de valeur à l'examen du rapport de la Commission, il pourrait être utile d'explorer la possibilité que les conseillers juridiques choisissent à l'avance un ou deux sujets inscrits à l'ordre du jour de la Commission qui pourraient faire l'objet d'une discussion détaillée dans leur réunion si possible en présence du Rapporteur spécial pour le sujet abordé.

350. Le Groupe de planification est convenu de garder à l'examen la possibilité pour la Commission de tenir une partie de sa session à New York.

⁷²³ <http://documents.un.org>.

4. Groupe de travail sur le programme à long terme

351. À sa 1^{re} séance, le 4 juin 2008, le Groupe de planification a décidé de reconstituer le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme, sous la présidence de M. Enrique Candioti. À la même séance, le Groupe de planification a décidé de renvoyer au Groupe de travail l'examen du rapport du Groupe de travail sur la clause de la nation la plus favorisée⁷²⁴. Le Président du Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a présenté oralement un rapport d'étape au Groupe de planification le 28 juillet 2008. Le Groupe de travail a recommandé que deux sujets soient inscrits au programme de travail à long terme, à savoir «Les traités dans le temps», en se fondant sur une proposition de M. G. Nolte révisée et actualisée et «La clause de la nation la plus favorisée», en se fondant sur le rapport pour 2007 du Groupe de travail sur cette question présidé par M. D. M. McRae (A/CN.4/L.719). Ces deux sujets répondent aux critères que la Commission a définis la dernière fois dans son rapport de 2000, c'est-à-dire qu'ils sont concrets et réalisables et qu'ils présentent un intérêt théorique et pratique en ce qui concerne la codification et le développement progressif du droit international⁷²⁵. Des détails sur les deux sujets figurent dans les annexes au présent rapport. Il a également été proposé que tous deux soient inscrits à l'actuel programme de travail de la Commission et il a été recommandé que celle-ci crée des groupes d'étude sur les deux sujets à sa soixante et unième session.

352. La Commission a fait sienne la recommandation d'inscrire ces deux sujets à son programme de travail à long terme.

5. Inscription de nouveaux sujets au programme de travail de la Commission et constitution de groupes d'étude

353. À sa 2997^e séance, le 8 août 2008, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «Les traités dans le temps» et de constituer un groupe d'étude à cet effet à sa soixante et unième session.

354. À la même séance, la Commission a décidé d'inscrire à son programme de travail le sujet «La clause de la nation la plus favorisée» et de constituer un groupe d'étude à cet effet à sa soixante et unième session.

⁷²⁴ Le Groupe de planification a rappelé qu'à sa 2944^e séance, tenue le 27 juillet 2007, la Commission a examiné le rapport de ce Groupe de travail et décidé de le renvoyer au Groupe de planification.

⁷²⁵ *Annuaire ... 2000*, vol. II (deuxième partie), par. 728. Voir aussi *Annuaire ... 1997*, vol. II (deuxième partie), par. 238.

6. Réunion avec les conseillers juridiques des institutions spécialisées

355. La Commission a noté que les dates de la réunion de 2009 des conseillers juridiques des organisations internationales du système des Nations Unies à Genève coïncideraient avec celles de la session de la Commission. En application du paragraphe 1 de l'article 26 de son statut, elle recommande qu'une réunion commune soit organisée avec les conseillers juridiques au cours de sa soixante et unième session afin de discuter de questions d'intérêt mutuel et a prié le Secrétariat de prendre les dispositions voulues à cet effet.

7. Réunion avec des membres de l'Organe d'appel de l'OMC

356. En application du paragraphe 1 de l'article 26 de son statut, la Commission a tenu, le 27 mai 2008, une séance conjointe avec des membres actuels et d'anciens membres de l'Organe d'appel de l'Organisation mondiale du commerce⁷²⁶. Au cours de la réunion, les membres de la Commission et les membres actuels ou anciens de l'Organe d'appel ont procédé à un intéressant échange de vues sur des questions d'intérêt mutuel, en particulier sur différentes méthodes d'interprétation des traités: application des articles 31 et 32 de la Convention de Vienne sur le droit des traités aux traités et instruments constitutifs ordinaires, procédures et directives pour l'application de la clause de la nation la plus favorisée et relations entre droit international et droit interne: les critères appliqués par les organes internationaux à l'examen des actes internes.

8. Questions financières

a) Participation de rapporteurs spéciaux à l'Assemblée générale au cours de l'examen du rapport de la Commission

357. La Commission note qu'en vue de renforcer sa relation avec l'Assemblée générale, elle a dans le passé appelé l'attention sur la possibilité de permettre aux rapporteurs spéciaux de participer aux débats de la Sixième Commission consacrés au rapport de la Commission afin de leur donner l'occasion de se faire une meilleure idée des positions en présence, de prendre note des observations faites et de commencer à établir leurs rapports

⁷²⁶ Les membres actuels et les anciens membres sont les suivants: Luiz Baptista (Brésil, actuel Président de l'Organe d'appel), Georges Abi-Saab (Égypte, membre sortant), A. V. Ganesan (Inde, membre sortant), Julio Lacarte (Uruguay, ancien membre), Mitsuo Matsushita (Japon, ancien membre), Yasuhei Taniguchi (Japon, membre sortant), Giorgio Sacerdoti (Italie, membre actuel), David Unterhalter (Afrique du Sud, membre actuel), Lilia Bautista (Philippines, membre actuel), Jennifer Hillman (États-Unis, membre actuel), Yuejiao Zhang (Chine, nouveau membre) et Shotaro Oshima (Japon, nouveau membre).

à un stade plus précoce⁷²⁷. Elle a aussi estimé que la présence de rapporteurs spéciaux faciliterait leurs échanges de vues et consultations avec les représentants des gouvernements⁷²⁸. Au paragraphe 5 de sa résolution 44/35, l'Assemblée générale a invité la Commission à demander à un rapporteur spécial, lorsque les circonstances l'exigent, d'assister à la session où elle examine la question dont il est chargé, et prié le Secrétaire général de prendre les dispositions nécessaires dans la limite des ressources disponibles. La Commission note qu'en raison de restrictions financières, il n'a pas été possible de prendre les dispositions nécessaires pour que plus d'un rapporteur spécial participe aux séances de la Sixième Commission. Elle tient à souligner que le poste de rapporteur spécial est d'une importance déterminante pour les travaux de la Commission et souhaite réaffirmer l'utilité qu'il y a à donner aux rapporteurs spéciaux la possibilité de s'entretenir avec des représentants de gouvernements au cours de l'examen à la Sixième Commission du sujet dont ils sont chargés.

b) Honoraires

358. Concernant la question des honoraires, suite à l'adoption par l'Assemblée générale de sa résolution 56/272 du 27 mars 2002, la Commission réaffirme aussi les vues qu'elle a exprimées dans ses rapports précédents⁷²⁹. Elle a souligné de nouveau que ladite résolution a une incidence particulière sur les rapporteurs spéciaux, notamment ceux qui sont originaires de pays en développement, car elle compromet le financement de leurs travaux de recherche. Elle invite instamment l'Assemblée générale à réexaminer cette question, en vue de rétablir, à ce stade, les honoraires des rapporteurs spéciaux.

9. Documentation et publications

a) Traitement et publication des rapports des rapporteurs spéciaux

359. La Commission réaffirme l'importance qu'il y a à fournir et à diffuser tous les éléments démontrant la pratique des États et autres sources de droit international pertinents pour l'accomplissement par la Commission de sa tâche de développement progressif et de

⁷²⁷ *Annuaire ... 1988*, vol. II (deuxième partie), par. 582.

⁷²⁸ *Ibid.*, 1989, vol. II (deuxième partie), par. 742.

⁷²⁹ Voir *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-septième session, Supplément n° 10 (A/57/10)*, par. 525 à 531. *Ibid.*, cinquante-huitième session, *Supplément n° 10 (A/58/10)*, par. 447; *ibid.*, cinquante-neuvième session, *Supplément n° 10 (A/59/10)*, par. 369; *ibid.*, soixantième session, *Supplément n° 10 (A/60/10)*, par. 501; *ibid.*, soixante et unième session, *Supplément n° 10 (A/61/10)*, par. 269; et soixante-deuxième session, *Supplément n° 10 (A/62/10)*, par. 379.

codification du droit international. Elle tient aussi à souligner qu'elle-même et ses rapporteurs spéciaux sont pleinement conscients de la nécessité de réaliser chaque fois que possible des économies dans le volume global de la documentation et continueront de garder ces considérations présentes à l'esprit⁷³⁰.

b) Création d'un fonds d'affectation spéciale pour résorber l'arriéré de la publication de l'*Annuaire* de la Commission du droit international

360. La Commission note avec satisfaction que, conformément au paragraphe 21 de la résolution 62/66 de l'Assemblée générale, le Secrétaire général a créé un fonds d'affectation spéciale alimenté par des contributions volontaires afin de résorber l'arriéré de la publication de l'*Annuaire* de la Commission du droit international⁷³¹. Tout en réaffirmant l'importance qu'il y a à garantir que les ressources budgétaires nécessaires soient allouées à la résorption de cet arriéré au titre du programme pertinent du budget ordinaire, la Commission lance, conformément au mandat du Fonds d'affectation spéciale, un appel aux États Membres, aux organisations non gouvernementales, aux entités privées et aux particuliers pour qu'ils versent des contributions au Fonds d'affectation spéciale. Elle a réaffirmé que les *Annuaire*s sont d'une importance cruciale pour comprendre les travaux de la Commission en matière de développement progressif et de codification du droit international, ainsi qu'en ce qui concerne le renforcement de l'état de droit dans les relations internationales.

c) Autres publications et aide de la Division de la codification

361. La Commission a remercié la Division de la codification du Secrétariat pour l'aide précieuse qu'elle lui apporte par son appui fonctionnel ainsi qu'en élaborant des projets de recherche et en lui fournissant de la documentation juridique accompagnée de leur analyse. En particulier, elle a remercié le Secrétariat d'avoir établi deux excellentes études

⁷³⁰ Pour des considérations relatives à la limitation du nombre de pages des rapports des rapporteurs spéciaux, voir, par exemple, *Annuaire ... 1977*, vol. II, deuxième partie, p. 132 et *Annuaire ... 1982*, vol. II, deuxième partie, p. 130. Voir également la résolution 32/151, par. 10 et la résolution 37/111, par. 5, ainsi que les résolutions ultérieures sur les rapports annuels de la Commission à l'Assemblée générale.

⁷³¹ Au 31 juillet 2008, l'arriéré pour la période allant de 1994 à 2001 s'établissait ainsi: le volume II (première partie) n'a pas été publié en arabe depuis 1996. Aucun volume n'a été publié en chinois depuis 1994. À l'exception de 1997, le volume II (première partie) n'a pas été publié en anglais depuis 1996. Le volume II (première partie) n'a pas été publié en français depuis 1998. Le volume II (première partie) n'a pas été publié en russe depuis 1998, à l'exception de 2001. Le volume II (première partie) n'a pas été publié en espagnol depuis 1996; le volume II (deuxième partie) de 2001 n'a pas été publié en espagnol. Depuis 2002, aucun volume n'a été publié, dans aucune des six langues officielles.

sur les sujets «Protection des personnes en cas de catastrophe» (A/CN.4/590 et Add.1 à 3) et «Immunité des représentants de l'État de la juridiction pénale étrangère» (A/CN.4/596).

362. La Commission a également rendu hommage au Secrétariat pour les résultats de son activité de mise à jour permanente et de gestion du site Internet de la Commission du droit international⁷³². Elle a approuvé en particulier la création d'un nouveau site Internet sur l'*Annuaire juridique des Nations Unies*, comprenant une option de recherche en texte intégral dans tous les volumes publiés de la collection (pour l'instant en anglais). La Commission a réaffirmé que les sites Internet lui sont une aide précieuse pour effectuer ses travaux et qu'ils sont utiles aussi aux chercheurs extérieurs à la Commission, contribuant ainsi au renforcement général de l'enseignement, de l'étude et de la diffusion du droit international, ainsi que de l'intérêt porté à celui-ci. Elle souhaiterait que l'on ajoute sur le site Internet consacré à ses travaux des informations sur l'état d'avancement de l'étude des sujets inscrits à son ordre du jour.

B. Dates et lieu de la soixante et unième session de la Commission

363. La Commission a décidé que sa soixante et unième session se tiendrait à Genève du 4 mai au 5 juin et du 6 juillet au 7 août 2009.

C. Coopération avec d'autres organismes

364. La Commission était représentée par M. Rohan Perera à la quarante-septième session de l'Organisation juridique consultative pour les pays d'Afrique et d'Asie, tenue à New Delhi du 30 juin au 4 juillet 2008.

365. À sa 2982^e séance, le 22 juillet 2008, M^{me} Rosalyn Higgins, Président de la Cour internationale de Justice, a pris la parole devant la Commission et l'a informée des activités récentes de la Cour et des affaires dont celle-ci est actuellement saisie en mettant l'accent sur les aspects ayant un intérêt particulier pour les travaux de la Commission⁷³³. Un échange de vues a suivi.

⁷³² Voir <http://www.un.org/law/ilc>.

⁷³³ Cette déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de la séance et peut être aussi consultée sur le site Web consacré aux travaux de la Commission. Voir aussi www.un.org/law/ilc.

366. Le Comité juridique interaméricain était représenté à la soixantième session de la Commission par M. Antonio Fidel Perez. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2978^e séance, le 15 juillet 2008⁷³⁴. Son exposé a principalement porté sur les activités en cours du Comité concernant différents aspects du droit international public et privé. Un échange de vues a suivi.

367. Le Comité européen de coopération juridique et le Comité des conseillers juridiques sur le droit international public (CAHDI) étaient représentés à la soixantième session de la Commission par le Président du CAHDI, M. Michael Wood, et le Directeur du Conseil juridique et du droit international, M. Manuel Lezertua. Ceux-ci ont pris la parole devant la Commission à sa 2985^e séance, le 25 juillet 2008⁷³⁵. Ils ont essentiellement parlé des activités en cours du CAHDI concernant diverses questions juridiques. Un échange de vues a suivi.

368. L'Organisation juridique consultative pour les pays d'Asie et d'Afrique était représentée par M. Narinder Singh, qui présidait l'AALCO à sa quarante-septième session. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2988^e séance, le 31 juillet 2008⁷³⁶. Il a informé la Commission des résultats des travaux de l'AALCO à sa quarante-septième session, tenue à New Delhi.

369. Le Tribunal international du droit de la mer était représenté à la soixantième session de la Commission par le Président du Tribunal, le juge Rüdiger Wolfrum. Celui-ci a pris la parole devant la Commission à sa 2988^e séance, le 31 juillet 2008⁷³⁷. Un échange de vues a suivi.

370. Le 24 juillet 2008, un échange de vues informel a eu lieu entre les membres de la Commission et le Comité international de la Croix-Rouge sur des sujets d'intérêt commun, comme la responsabilité des organisations internationales, la définition du conflit armé, la Convention sur les munitions en grappe et la réglementation des sociétés de sécurité privée.

⁷³⁴ Cette déclaration est consignée dans le compte rendu analytique de la séance.

⁷³⁵ Ibid.

⁷³⁶ Ibid.

⁷³⁷ Ibid.

371. Pour que chacun ait une meilleure connaissance des activités des autres, la Commission se propose d'examiner la possibilité de renforcer sa coopération avec d'autres organismes en centrant davantage les réunions sur des questions particulières et en mettant davantage l'accent sur les relations entre les travaux de la Commission et ceux de l'organisme concerné.

D. Vacance fortuite

372. Le 8 août 2008, la Commission a élu M. Michael Wood (Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord) au poste devenu vacant du fait de la démission de M. Ian Brownlie⁷³⁸.

E. Représentation à la soixante-troisième session de l'Assemblée générale

373. La Commission a décidé qu'elle serait représentée à la soixante-troisième session de l'Assemblée générale par son Président, M. Edmundo Vargas Carreño.

374. À sa 2997^e séance, le 8 août 2008, la Commission a prié M. Giorgio Gaja, Rapporteur spécial pour le sujet intitulé «La responsabilité des organisations internationales» de participer à la soixante-troisième session de l'Assemblée générale conformément au paragraphe 5 de la résolution 44/35 de celle-ci⁷³⁹.

F. Séminaire de droit international

375. Conformément à la résolution 62/66 de l'Assemblée générale du 6 décembre 2007, la quarante-quatrième session du Séminaire de droit international s'est tenue au Palais des Nations du 7 au 25 juillet 2008, pendant la soixantième session de la Commission du droit international. Le Séminaire s'adresse à des étudiants de droit international de niveau avancé et à de jeunes professeurs et fonctionnaires internationaux se destinant à une carrière universitaire ou diplomatique ou à des postes de la fonction publique de leur pays.

⁷³⁸ La démission de M. Ian Brownlie a pris effet le 8 août 2008 (voir A/CN.4/602).

⁷³⁹ «L'Assemblée générale ... 5. Invite la Commission du droit international à demander à un rapporteur spécial, lorsque les circonstances l'exigent, d'assister à la session de l'Assemblée générale lorsque celle-ci examine la question dont il est chargé et prie le Secrétaire général de prendre les dispositions nécessaires dans les limites des ressources disponibles.»

376. Vingt-sept personnes de nationalités différentes, venant de toutes les régions du monde, ont pu participer à la session⁷⁴⁰. Les participants au Séminaire ont assisté aux séances plénières de la Commission et à des conférences spécialement organisées à leur intention; ils ont également participé à des groupes de travail sur des sujets spécifiques.

377. Le Séminaire a été ouvert par M. Edmundo Vargas Carreño, Président de la Commission. M. Ulrich von Blumenthal, Conseil juridique principal de l'Office des Nations Unies à Genève (ONUG), était chargé de l'administration, de l'organisation et du déroulement du Séminaire, et il était secondé par M. Vittorio Mainetti, consultant juridique à l'ONUG.

378. Les conférences suivantes ont été données par des membres de la Commission: M. Giorgio Gaja: «*Responsabilité des organisations internationales*»; M. Chusei Yamada: «*Codification du droit des ressources naturelles partagées*». M. Enrique Candioti: «*Sujets d'étude futurs pour la Commission du droit international*»; M. John Dugard: «*Résultats des travaux de la Commission*»; M. Zdzislaw Galicki: «*L'obligation d'extrader ou de poursuivre (aut dedere aut judicare)*»; M. Lucius Caflisch: «*Le régime juridique des épaves*»; M^{me} Marie Jacobsson: «*Le régime juridique des épaves historiques et des sépultures marines*»; M. A. Rohan Perera: «*Vers une convention globale sur le terrorisme*»; M. Donald McRae: «*La clause de la nation la plus favorisée*»; et M. Georg Nolte: «*Diversité culturelle en droit international*». M. Bruno Simma, juge à la Cour internationale de Justice et ancien membre de la Commission, a fait un exposé aux participants au Séminaire sur le thème suivant: «*La Commission du droit international et la Cour internationale de Justice: une relation symbiotique*».

⁷⁴⁰ Ont participé à la quarante-quatrième session du Séminaire de droit international: M^{me} Adineh Abghari (Iran), M^{me} Dace Apine (Lettonie), M^{me} Stacie-Anne Marie Brown (Jamaïque), M^{me} Lalii Chin (Palau), M^{me} Iryna Chyzheuskaya (Biélorus), M. Juan Andrés Fuentes Véliz (Pérou), M. Charlie Garnjana-Goonchorn (Thaïlande), M^{me} Ruwanthika Gunaratne (Sri Lanka), M^{me} Izevbuwa Ikimiukor (Nigéria), M^{me} Ivana Jelić (Monténégro), M. Klaus Keller (Allemagne), M. Blaise Koïvogui (Guinée), M. Paavo Kotiaho (Finlande), M. Toufik Koudri (Algérie), M^{me} Siami Leabo (Côte d'Ivoire), M^{me} Helyati Mahmud Saedon (Brunéi Darussalam), M^{me} Rudo Makunike (Zimbabwe), M. Cláudio Mate (Mozambique), M. Thang Nguyen Dang (Viet Nam), M^{me} Jeanette Sautner (Canada), M^{me} Sabrina Urbinati (Italie), M. Gustavo Velasquez (Équateur), M. Leandro Vieira Silva (Brésil), M. Andres Villegas Jaramillo (Colombie), M^{me} Marise Warner (Trinité-et-Tobago), M^{me} Tahmina Yolchiyeva (Azerbaïdjan), M. Ahmed Zaki (Égypte), M. Gentian Zyberi (Albanie). Le Comité de sélection, présidé par M^{me} Vera Gowlland-Debbas (professeur à l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève), s'est réuni le 29 avril 2008 et, après avoir examiné 107 demandes de participation au Séminaire, a retenu 28 candidats. À la toute dernière minute, le vingt-huitième candidat sélectionné s'est désisté.

379. Des conférences ont aussi été données par M. Vittorio Mainetti, assistant du Directeur du Séminaire de droit international («*Présentation des travaux de la Commission du droit international*»); M. Daniel Müller, assistant du Rapporteur spécial M. Alain Pellet («*Les réserves aux traités*») et M^{me} Jelena Pejic, Conseillère juridique du Comité international de la Croix-Rouge («*Défis auxquels le droit international humanitaire doit faire face actuellement*»).

380. Les participants au Séminaire ont été invités à visiter l'Organisation mondiale du commerce (OMC), où ils ont assisté aux séances d'information animées par M^{me} Gabrielle Marceau, Conseillère du Directeur général, et M. Werner Zdouc, Directeur du secrétariat de l'Organe d'appel de l'OMC. Les discussions ont porté sur les questions juridiques actuellement examinées à l'OMC et sur le système de règlement des différends de l'OMC.

381. Une session spéciale consacrée au règlement pacifique des différends internationaux a été organisée dans les locaux de l'Institut de hautes études internationales et du développement de Genève (HEID). Les participants au Séminaire ont assisté à des conférences données par M. Marcelo Kohen («*La notion de règlement pacifique des différends internationaux*»); M^{me} Vera Gowlland-Debbas («*La Cour internationale de Justice, organe judiciaire principal de l'Organisation des Nations Unies*») et M. Georges Abi-Saab (membre et ancien Président de l'Organe d'appel de l'OMC) («*La transformation de la fonction judiciaire*»).

382. Deux groupes de travail du Séminaire ont été organisés, l'un sur «*L'obligation d'extrader ou de poursuivre*», l'autre sur «*Les réserves aux traités*». Chacun des participants au Séminaire a été affecté à l'un des deux. M. Zdzislaw Galicki, membre de la Commission, et M. Daniel Müller ont donné des conseils aux groupes de travail. Chaque groupe a écrit un rapport dont les conclusions ont été présentées au Séminaire au cours d'une séance organisée spécialement à cet effet. Une compilation de ces rapports a été distribuée à tous les participants.

383. La République et canton de Genève a offert son hospitalité traditionnelle aux participants, avec une visite guidée de la salle de l'Alabama à l'Hôtel de ville, suivie d'une réception.

384. Le Président de la Commission, ainsi que M. Ulrich von Blumenthal, Directeur du Séminaire, et M^{me} Adineh Abghari (République islamique d'Iran), au nom des participants, ont pris la parole devant la Commission et les participants à la fin du Séminaire. Chaque participant s'est vu remettre un certificat attestant sa participation à la quarante-quatrième session du Séminaire.

385. La Commission a noté avec une satisfaction particulière qu'au cours des trois dernières années, les gouvernements de l'Allemagne, de l'Autriche, de la Chine, de Chypre, de la Finlande, de la Hongrie, de l'Irlande, du Mexique, du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord, de la Suède et de la Suisse avaient versé des contributions volontaires au Fonds d'affectation spéciale des Nations Unies pour le Séminaire de droit international. La situation financière du Fonds a permis d'accorder un nombre suffisant de bourses à des candidats méritants originaires de pays en développement pour parvenir à une répartition géographique appropriée des participants. Cette année, des bourses intégrales (couvrant à la fois les frais de voyage et les frais de subsistance) ont été octroyées à 16 candidats et des bourses partielles (ne couvrant que les frais de subsistance) à quatre candidats.

386. Sur les 1 006 participants représentant 162 nationalités qui ont pris part au Séminaire depuis 1965, 618 ont bénéficié d'une bourse.

387. La Commission souligne l'importance qu'elle attache au Séminaire, qui donne à de jeunes juristes, notamment de pays en développement, la possibilité de se familiariser avec ses travaux et les activités de nombreuses organisations internationales qui ont leur siège à Genève. La Commission recommande à l'Assemblée générale de lancer un nouvel appel aux États pour qu'ils versent des contributions volontaires afin d'assurer au Séminaire de 2009 la plus large participation possible.

388. La Commission a noté avec satisfaction qu'en 2008 un service d'interprétation intégral avait été mis à la disposition du Séminaire. Elle exprime l'espoir que le Séminaire bénéficiera du même service à sa session suivante, dans les limites des ressources existantes.

Annexe A

Les traités dans le temps

En particulier: Accord et pratique ultérieurs

(M. Georg Nolte)

A. Introduction

1. Les traités ne sont pas de simples parchemins, ce sont des instruments destinés à offrir une stabilité aux parties signataires et à réaliser les objectifs qui y sont inscrits. Ils peuvent donc se modifier dans le temps, s'adapter à de nouvelles situations, évoluer en fonction des besoins sociaux de la communauté internationale et, parfois, tomber en désuétude.
2. La question générale des «traités dans le temps» reflète la tension entre les exigences de stabilité et d'évolution dans le droit des traités. D'une part, c'est généralement le but d'un traité et du droit des traités d'assurer une stabilité dans des circonstances changeantes. Par ailleurs, les systèmes juridiques doivent aussi permettre la prise en considération de développements ultérieurs afin de garantir le respect véritable de l'accord des parties et la détermination de ses limites.
3. Dans tout système juridique, il importe de déterminer comment des actes, événements et développements ultérieurs ont une incidence sur le droit en vigueur. En droit interne, les développements ultérieurs les plus importants après la promulgation d'une loi ou la conclusion d'un contrat sont les modifications apportées par le législateur ou par les parties au contrat et l'interprétation évolutive des tribunaux. En droit international, la situation est plus complexe. Les différentes sources, en particulier le droit conventionnel et le droit coutumier, sont soumises à des règles et des mécanismes différents; il se produit en outre certaines interactions.
4. Dans le cas du droit coutumier, une règle déterminée est le résultat d'un processus combinant un certain nombre d'actes, expressions d'évaluation juridique et réactions (pratique étatique et *opinio iuris*). Ce processus étant en principe continu, la règle considérée fait l'objet d'une constante réaffirmation ou de pressions évolutives. Ainsi, dans le cas du droit coutumier, les actes, événements et développements ultérieurs font en principe partie, et ne diffèrent pas, du processus de formation du droit lui-même.

5. En droit conventionnel en revanche, le traité et sa conclusion doivent être nettement distingués des actes, événements et développements ultérieurs qui peuvent avoir une incidence sur son existence, son contenu ou sa signification. Un traité est un accord formalisé entre États et/ou autres sujets de droit international qui vise à préserver cet accord dans le temps sous une forme juridiquement contraignante. En conséquence, les actes, événements ou développements ultérieurs ne peuvent affecter l'existence, le contenu ou la signification d'un traité que sous certaines conditions. Celles-ci, dans l'intérêt de la sécurité des relations conventionnelles, devraient être bien définies. L'arrêt rendu par la Cour internationale de Justice dans l'affaire *Gabcikovo-Nagymaros*¹ est un bon exemple de la manière dont le droit des traités joue par rapport à des actes, événements et développements ultérieurs susceptibles d'affecter l'existence, le contenu ou la signification d'un traité.

6. Il est proposé que la Commission revisite le droit des traités sous l'angle de l'évolution des traités dans le temps. Des problèmes surgissent fréquemment dans ce contexte. Vu la relative ancienneté de certains traités multilatéraux importants, ils seront vraisemblablement encore plus fréquents à l'avenir.

7. Un aspect du sujet relatif aux «traités dans le temps» devrait être le rôle qu'un accord et une pratique ultérieurs des États parties jouent en matière d'interprétation des traités, en particulier en ce qui concerne le caractère plus ou moins dynamique de celle-ci en fonction du but d'une règle conventionnelle (voir plus spécialement ci-après, sect. B à E). L'évolution du contexte juridique ou l'apparition dans la société internationale de nouveaux besoins peuvent être pris en considération si le traité pertinent est considéré comme un «instrument vivant».

8. Une autre dimension du sujet relatif aux «traités dans le temps» serait l'effet qu'ont certains actes, événements ou développements sur la continuité de l'existence, en totalité ou en partie, d'un traité. Dans cette perspective, les questions les plus évidentes concernent l'extinction ou le retrait (art. 54, 59 et 60 de la Convention de Vienne sur le droit des traités), la dénonciation (art. 56) et la suspension (art. 57, 58 et 60) d'un traité, et la question connexe de leurs effets intertemporels. La Convention de Vienne envisage un certain nombre de causes d'extinction ou de suspension des effets d'un traité: certaines se

¹ *Affaire relative au Projet Gabcikovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, *C.I.J. Recueil* 1997, p. 7.

rapportent clairement au passage du temps, comme la question de l'extinction d'un traité ne contenant pas de disposition relative à l'extinction, à la dénonciation ou au retrait (art. 56) ou celle d'un changement fondamental de circonstances (art. 62). La formation d'une règle coutumière dérogeant à un traité, qui peut entraîner la désuétude d'un traité en totalité ou en partie, n'est pas envisagée dans la Convention de Vienne comme cause d'extinction d'un traité, bien qu'elle constitue peut-être une telle cause.

9. Un autre aspect du sujet tient à l'effet qu'ont sur un traité particulier de nouveaux traités ou une évolution du droit coutumier. Cela vise la modification d'un traité par voie de conclusion d'un ou de plusieurs traités ultérieurs (art. 41 de la Convention de Vienne), mais aussi par suite d'une nouvelle règle de droit international coutumier. Une question spécifique concernerait la survenance d'une nouvelle norme impérative du droit international général (art. 64 de la Convention de Vienne) et ses effets intertemporels.

10. Un quatrième aspect des effets du passage du temps sur un traité concerne l'éventuelle désuétude de certaines de ses dispositions, ce qui est particulièrement important pour les traités normatifs. La nécessité de réviser certains traités est envisagée dans des clauses instituant des mécanismes à cet effet mais, dans la plupart des traités, il n'est pas prévu qu'ils puissent tomber en désuétude.

B. En particulier: le sujet des accord et pratique ultérieurs concernant les traités

11. Il existe dans le droit international une disposition spécifique qui vise à assurer la prise en considération de l'évolution des circonstances d'une manière qui soit compatible avec l'accord des parties. Énoncée à l'article 31, paragraphe 3 a) et b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités, elle prévoit la reconnaissance du rôle qu'un accord ultérieur et une pratique ultérieurement suivie jouent dans l'interprétation d'un traité. Ces deux moyens d'interprétation revêtent une importance pratique considérable. Les juridictions internationales et d'autres organes de règlement des différends ont invoqué et appliqué l'article 31, paragraphe 3 a) et b) de la Convention dans un grand nombre d'affaires. Cela vaut pour la Cour internationale de Justice (CIJ)² tout autant que pour la Cour permanente

² Voir *Affaire du temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)*, fond, C.I.J. Recueil 1962, p. 33 et 34; *Certaines dépenses des Nations Unies (Art. 17, par. 2, de la Charte)*, avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 160; *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 du 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 22, par. 22. La Cour cite d'autres précédents de sa jurisprudence dans l'*Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Botswana/Namibie)*, arrêt du 13 décembre 1999, C.I.J. Recueil 1999, p. 1045, par. 50.

de justice internationale (CPIJ)³ qui l'a précédée. La pratique suivie ultérieurement a aussi joué un rôle important dans des sentences arbitrales⁴, dans la jurisprudence du tribunal des réclamations Iran-États-Unis⁵, du Tribunal international du droit de la mer⁶, de la Cour européenne des droits de l'homme⁷, et du Tribunal international pour l'ex-Yougoslavie⁸, ainsi que dans les rapports des groupes spéciaux de l'OMC et de son Organe d'appel⁹. En

³ Voir *Compétence de l'OIT pour la réglementation internationale des conditions du travail des personnes employées dans l'agriculture*, avis consultatif du 12 août 1922, série B n° 2, p. 38 à 40; *Interprétation de l'article 3, par. 2 du Traité de Lausanne*, avis consultatif du 21 novembre 1925, série B n° 12, p. 24; *Compétence de la Commission européenne du Danube*, avis consultatif du 26 décembre 1926, série B n° 14, p. 27, 62 et 63; *Compétence des tribunaux de Danzig*, avis consultatif du 3 mars 1928, série B n° 15, p. 18.

⁴ Voir *The Chamizal Case (Mexique, États-Unis)*, sentence du 15 juin 1911, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 323 à 325; *Affaire de l'indemnité russe (Russie, Turquie)*, sentence du 11 novembre 1912, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XI, p. 433; *Interprétation de l'accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et la France (États-Unis, France)*, sentence du 22 décembre 1963, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 5 à 74; *Interprétation de l'accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et l'Italie (États-Unis, Italie)*, sentence du 17 juillet 1965, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVI, p. 75 à 108, 100; *Affaire concernant un litige entre la République argentine et la République du Chili relatif au canal de Beagle*, sentence du 18 février 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXI, p. 53; *Affaire de la délimitation du plateau continental entre Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord et République française*, décision du 30 juin 1977, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XVIII, p. 3; *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, sentence du 29 septembre 1988, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 56 et 57, par. 209 à 211; *Affaire de la délimitation de la frontière maritime entre la Guinée et la Guinée-Bissau*, sentence du 14 février 1985, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XIX, p. 175, par. 66; *Affaire du thon à nageoire bleue entre l'Australie et le Japon et entre la Nouvelle-Zélande et le Japon*, sentence sur la compétence et la recevabilité, décision du 4 août 2000, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIII, p. 1 à 57, 45 et 46; *Affaire relative au régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France* (2003), RGDIP 107 (2003), p. 221 et suiv. par. 70.

⁵ *The United States of America, et al. v. The Islamic Republic of Iran, et al.*, décision du 25 janvier 1984, Iran-US C.T.R., vol. 5, p. 71; *Houston Contracting Company v. National Iranian Oil Company, et al.*, décision du 22 juillet 1988, Iran-US C.T.R., vol. 20, p. 56 et 57.

⁶ *Affaire du navire «SAIGA» (n° 2) (Saint-Vincent-et-les Grenadines c. Guinée)*, arrêt, *Recueil des arrêts*, avis consultatif et ordonnances, 1^{er} juillet 1999.

⁷ *Affaire Soering c. Royaume-Uni*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 7 juillet 1989, requête n° 14038/88; *affaire Loizidou c. Turquie*, arrêt (au principal et satisfaction équitable), 18 décembre 1996, requête n° 15318/89, CEDH, 1996-VI, p. 2236; *Banković et autres c. Belgique et 16 autres États contractants* (déc.) [GC], requête n° 52207/99, CEDH 2001-XII, *Öcalan c. Turquie*, arrêt du 12 mai 2005, requête n° 46221/99, CEDH 2005-IV.

⁸ *Le Procureur c. Dusko Tadic*, affaire n° IT-94-1-A, Chambre d'appel, arrêt du 15 juillet 1999.

⁹ Voir rapport de l'Organe d'appel, *Japon – Taxes sur les boissons alcooliques* (1^{er} novembre 1996) WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R; rapport de l'Organe d'appel, *Communautés européennes – Classement tarifaire de certains matériels informatiques* (22 juin 1998) WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R. DSR 1998:V, 1851; rapport du Groupe spécial, *États-Unis – Lois, réglementations et méthode de calcul des marges de Dumping (Réduction à Zéro)* (9 mai 2006) WT/DS294/R, par. 7.214 à 7.218; rapport du Groupe spécial, *Chili – Système de fourchettes de prix et mesures de sauvegarde appliquées à certains produits agricoles* (23 octobre 2002) WT/DS207/R, par. 7.78 à 7.101; *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (12 septembre 2005) WT/DS269/AB/R, par. 253 à 260, et 271 à 273; rapport de l'Organe d'appel, *États-Unis – Mesures visant la fourniture transfrontières de services de jeux et paris*, WT/DS285/AB/R, adopté le 20 avril 2005, p. 64 à 66, par. 190 à 195.

outre, il arrive fréquemment que des juridictions nationales se réfèrent à la pratique ultérieurement suivie pour déterminer les implications d'un traité déterminé dans l'ordre juridique interne¹⁰.

12. La Commission a traité ce sujet de 1957 à 1966 dans le cadre de ses travaux relatifs au droit des traités¹¹. Par la suite, elle l'a examiné brièvement à propos des projets d'articles relatifs aux traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales¹². Enfin, le groupe d'étude sur le sujet «Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international» a succinctement abordé le sujet de l'accord et de la pratique ultérieurs concernant les traités¹³.

¹⁰ Voir par exemple *Medellin v. Texas*, arrêt du 25 mars 2008, 552 US (2008) (Résumé de l'arrêt p. 20 et 21); *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, 466 US 243 (1984); *R. v. Sec. of State, on Application of Channel Tunnel Group*, 23 juillet 2001, ILR vol. 125 (2004), 125, p. 580, 597, par. 48; *Morris v. KLM Royal Dutch Airlines* [2002] UKHL7, 2AC 628, ILDC 242 (UK 2002); *Attorney General v. Zaoui* [2005] NZSC 38, ILDC 81 (NZ 2005); *A v. B*, Swiss Federal Supreme Court, 1st Civil Law Chamber, 8 avril 2004, BGE 130 III 430, ILDC 343 (SW 2004); *Bouzari v. Iran (Islamic Republic of)* (2004), 243 D.L.R. (4th) 406, ILDC 175 (CA 2004).

¹¹ *Gerald Fitzmaurice*, Deuxième rapport sur le droit des traités, A/CN.4/107, *Annuaire ... 1957*, vol. II, p. 24, 28, 43 et 44, 49 et 50, et 77 et 78; *Sir Humphrey Waldock*, Premier rapport sur le droit des traités, A/CN.4/144 et Add.1, *Annuaire ... 1962*, vol. II, p. 78 et 79; Deuxième rapport, A/CN.4/156 et Add.1 à 3, *Annuaire ... 1963*, vol. II, p. 57, 58, 66 à 69 et 73 à 75; Troisième rapport, A/CN.4/167 et Add.1 à 3, *Annuaire ... 1964*, vol. II, p. 38 à 40, 52 à 54, 56, 60, 62 et 64; Quatrième rapport, A/CN.4/177 et Add.1 et 2, p. 52 et 53; Cinquième rapport, A/CN.4/183 et Add.1 à 4, p. 31; Sixième rapport, A/CN.4/186 et Add.1, 2/Rev.1 et 3 à 7, *Annuaire ... 1966*, vol. II, projet d'article 68 p. 94 à 98, projet d'article 69 p. 98 à 109; *quinzième session de la Commission*, A/CN.4/SER.A/1963, *Annuaire ... 1963*, vol. I, 687^e séance, p. 97 et 98; 689^e séance, p. 109; 690^e séance, p. 119; 691^e séance, p. 116 et 121; 694^e séance, p. 148 et 152; 706^e séance, p. 241 et 242; 707^e séance, p. 243; 712^e séance, p. 288; et 289; 720^e séance, p. 338; *seizième session de la Commission*, A/CN.4/SER.A/1964, *Annuaire ... 1964*, vol. I, 729^e séance, p. 42 et 43; 752^e séance, p. 201 et 202; 753^e séance, p. 203 et 204; 758^e séance, p. 243; 765^e séance, p. 289 à 291; 766^e séance, p. 295, et 297 à 301; 767^e séance, p. 309 à 312; 769^e séance, p. 322 à 325; 770^e séance, p. 330 et 332; 773^e séance, p. 347; 774^e séance, p. 357; *dix-septième session de la Commission*, A/CN.4/SER.A/1965, *Annuaire ... 1965*, vol. I, 790^e séance, p. 117; 799^e séance, p. 181; 802^e séance, p. 208 et 209; A/CN.4/SER.A/1966, *Annuaire ... 1966*, vol. I (première partie), 830^e séance, p. 56 et 59; *dix-huitième session de la Commission*, A/CN.4/SER.A/1966, *Annuaire ... 1966*, vol. I (deuxième partie), 857^e séance, p. 107; 859^e séance, p. 125 et 126; 866^e séance, p. 184; 870^e séance, p. 206; 871^e séance, p. 217; 883^e séance: adoption du projet d'article 68 en tant qu'article 38, p. 294 et 295; 893^e séance, adoption du projet d'article 69 en tant qu'article 27, p. 364 et suiv.

¹² Paul Reuter, *Troisième rapport sur les traités conclus entre États et organisations internationales ou entre deux ou plusieurs organisations internationales*, A/CN.4/279 et Corr.1, *Annuaire ... 1974*, vol. II (première partie), p. 152; Quatrième rapport, A/CN.4/285 et Corr.1, *Annuaire ... 1975*, vol. II, p. 46 et 47; *vingt-neuvième session de la Commission*, A/CN.4/SER.A/1977, *Annuaire ... 1977*, vol. I, 1438^e séance, p. 123 et suiv.; 1458^e séance, p. 237 et 238; *trente et unième session de la Commission*, A/CN.4/SER.A/1979, *Annuaire ... 1979*, vol. I, 1548^e séance, p. 76 et 77; *trente-troisième session de la Commission*, A/CN.4/SER.A/1981, *Annuaire ... 1981*, vol. I, 1675^e séance, p. 159; *trente-quatrième session de la Commission*, A/CN.4/SER.A/1982, *Annuaire ... 1982*, vol. I, 1702^e séance, p. 22, 1740^e séance, adoption de l'article 31, p. 251 et 260.

¹³ Rapport, A/CN.4/L.663/Rev.1, 28 juillet 2004, par. 48: «...les relations entre l'Article 30 (accords postérieurs), l'Article 41 (modification *inter se*) et l'Article 103 de la Charte des Nations Unies (primauté

C. La Commission du droit international devrait-elle examiner le sujet des accord et pratique ultérieurs concernant les traités?

13. Malgré leur importance pratique considérable, les moyens d'interprétation énoncés à l'article 31, paragraphe 3 a) et b) de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'ont guère fait l'objet, de la part des juridictions internationales, d'analyses allant au-delà des affaires considérées. En outre, ils ont rarement donné lieu à des recherches empiriques, comparatives ou théoriques de grande envergure. De fait, il n'existe pas toujours de preuves suffisantes d'accord et de pratique ultérieurs pertinents des États qui, souvent, ne sont révélés que dans le cadre de procédures juridictionnelles.

14. Alors que d'importants traités sont maintenant relativement anciens, en particulier les traités normatifs conclus après 1945, le contexte dans lequel ils s'appliquent diffère de plus en plus de celui dans lequel ils ont été conçus. Par voie de conséquence, il est vraisemblable que certaines de leurs dispositions feront l'objet d'efforts de réinterprétation, voire de modifications informelles. Cela peut concerner des règles techniques tout autant que des règles de fond plus générales. Dans un contexte en évolution, les traités risquent soit d'être «gelés» dans un État où ils sont moins à même de remplir leur objet et leur but, soit de perdre leur fondement dans l'accord des parties. Normalement, les parties à un traité souhaitent préserver leur accord, mais d'une manière qui réponde aux exigences du présent. La reconnaissance du rôle d'un accord et d'une pratique ultérieurs vise à trouver une approche souple, rationnelle et prévisible de l'application et de l'interprétation des traités¹⁴.

15. L'intérêt de préciser la portée et l'effet juridiques d'un accord et d'une pratique ultérieurs est renforcé par la tendance croissante des juridictions internationales à interpréter les traités d'une manière objective en fonction de leur but. Avant l'adoption de la Convention de Vienne sur le droit des traités, la question de l'opportunité de retenir un mode d'interprétation des traités plus objectif ou plus subjectif n'était pas tranchée¹⁵. La Convention de Vienne insistant davantage sur les facteurs objectifs, la tendance à une interprétation objective des traités se poursuit. Ainsi, en 2005, le tribunal arbitral saisi

des obligations découlant de la Charte)»; rapport établi sous sa forme définitive par Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006, p. 13, 14, 64 et 65, 233 et 234, 254, 262 et 272 à 274.

¹⁴ Sur le rapport entre changement et *clausula rebus sic stantibus*, voir *Affaire relative au Projet Gabčíkovo-Nagymaros (Hongrie/Slovaquie)*, arrêt du 25 septembre 1997, C.I.J. Recueil 1997, p. 7, par. 104.

¹⁵ Sur l'évolution historique, voir Rudolf Bernhardt, «Interpretation in International Law», dans *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), p. 1416 à 1426, 1419 et suiv.

dans l'*affaire relative à la ligne du Rhin de fer* a affirmé qu'une interprétation évolutive permettrait une application du traité efficace en termes d'objet et de but. Il a souligné que cela serait «préférable à une application stricte de la règle intemporelle»¹⁶. Au moment où le droit international connaît une «prolifération de cours et tribunaux internationaux»¹⁷, une interprétation évolutive des traités est, en un sens, un moyen de garantir l'efficacité d'un traité. En revanche, une telle interprétation peut conduire à réinterpréter le traité au-delà de l'accord effectif des parties. Cela rend la référence à une pratique ultérieure à la fois moins prévisible et plus importante: si l'invocation d'une pratique ultérieure ne se limite pas à faire la lumière sur l'accord effectif et continu des parties¹⁸, l'interprétation du traité peut devenir moins prévisible, mais la pratique ultérieure peut devenir plus importante si elle est utilisée comme indice d'une interprétation dynamique d'instruments conventionnels (par exemple, lorsque la Cour européenne des droits de l'homme déclare que la Convention est «un instrument vivant à interpréter à la lumière des conditions de vie actuelles»¹⁹).

16. Les accord et pratique ultérieurs ont également une incidence sur la fragmentation et la diversification du droit international. Le rapport du Groupe d'étude de la Commission²⁰ n'a toutefois tenu compte que de la question de la pratique ultérieure²¹. C'est peut-être pourquoi il a été proposé en 2006 à la Sixième Commission que la Commission envisage le sujet de l'adaptation des traités internationaux à l'évolution des circonstances, en mettant particulièrement l'accent sur le domaine des accords postérieurs et de la pratique postérieure²².

¹⁶ Dans le cadre de l'arbitrage relatif à la ligne du Rhin de fer («Ijzeren Rijn») entre la Belgique et les Pays-Bas, Cour permanente d'arbitrage, sentence du tribunal arbitral, 24 mai 2005, par. 80.

¹⁷ Voir Jonathan I. Charney, «The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 697 et suiv.; Benedict Kingsbury, «Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?», *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), p. 679 et suiv.

¹⁸ *Interprétation de l'article 3, paragraphe 2, du Traité de Lausanne*, avis consultatif du 21 novembre 1925, C.P.J.I., Recueil des avis consultatifs, série B n° 12, p. 24.

¹⁹ *Tyrer c. Royaume-Uni*, arrêt du 25 avril 1978, requête n° 26, par. 31; *Marckx c. Belgique*, arrêt du 13 juin 1979, requête n° 31, par. 41; *Airey c. Irlande*, arrêt du 9 octobre 1979, requête n° 32, par. 26; *Loizidou c. Turquie* (exceptions préliminaires), arrêt du 23 mars 1995, requête n° 310, par. 71.

²⁰ Fragmentation du droit international: difficultés découlant de la diversification et de l'expansion du droit international, rapport du Groupe d'étude de la Commission du droit international, établi sous sa forme définitive par Martti Koskeniemi, A/CN.4/L.682, 13 avril 2006.

²¹ Voir *ibid.*, par. 12; par. 109; note de bas de page 288; par. 354; par. 412; par. 464; et par. 476.

²² Résumé thématique des débats de la Sixième Commission, A/CN.4/577/Add.1, 27 janvier 2007, par. 31.

17. Une dernière raison justifiant l'étude des accord et pratique ultérieurs comme moyen d'interprétation des traités découle de leurs implications au plan interne. Au Royaume-Uni, Lord Nicholls a fait observer dans une décision récente de la Chambre des lords qu'une pratique ultérieure ne serait pas le bon moyen de modifier un traité, objectif qui ne saurait relever que d'une procédure d'amendement²³. Aux États-Unis, la Cour suprême a récemment interprété un traité en s'appuyant sur l'«interprétation des parties postérieure à la ratification»²⁴. Dans ce pays, la question de la portée de la pratique ultérieurement suivie comme moyen d'interprétation des traités s'inscrit dans celle plus générale de savoir quels effets ont en droit interne différentes sources de droit international, et laquelle de ces sources favorise un plus grand rôle du Sénat américain²⁵. Si la Cour suprême des États-Unis s'est montrée peu disposée à tenir compte de normes récentes de droit coutumier pour interpréter des accords internationaux²⁶, elle s'est plus ouvertement référée à la pratique ultérieure dans certaines affaires²⁷. Cet aspect de la question est également important pour d'autres pays²⁸. En Allemagne par exemple, la Cour constitutionnelle fédérale a récemment examiné la question de savoir si certains accords informels et certaines mesures pratiques décidées par les États membres de l'OTAN correspondaient à une réinterprétation légitime du Traité de l'OTAN, ou s'il fallait les considérer comme des modifications de ce traité devant être formellement approuvées par le Parlement. Certes, la Cour allemande a conclu que toutes les mesures prises jusqu'à présent restaient dans les limites d'une interprétation légitime du traité par

²³ *King v. Bristow Helicopters Ltd.*, UK House of Lords, [2002], UKHL 7, [2002] 2 AC 628, ILDC 242 (UK 2002), par. 98.

²⁴ *Medellin v. Texas*, arrêt du 25 mars 2008, 552 U.S. (2008) (Résumé de l'arrêt p. 20 et 21) avec d'autres références.

²⁵ Pour un aperçu général, voir John Norton Moore, «Treaty Interpretation, the Constitution, and the Rule of Law», *Virginia Journal of International Law*, vol. 42 (2001), p. 163 à 263; Phillip R. Trimble et Alexander W. Koff, *All Fall Down: The Treaty Power in the Clinton Administration*, *Berkeley Law Review*, vol. 16 (1998), p. 55 et suiv.

²⁶ Dans *United States v. Alvarez-Machain*, 504 U.S. 655 (1992), note 15, le juge Rehnquist a écrit: «la pratique des nations en droit international coutumier n'est pas d'un grand secours pour interpréter les termes d'un traité d'extradition ni la compétence d'un tribunal pour juger ultérieurement une personne qui a été ainsi enlevée.».

²⁷ Voir, outre *Medellin v. Texas* (voir *supra*, note 24), *Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp.*, par exemple, 466 U.S. 243 (1984).

²⁸ Voir Anthony Aust, «Domestic Consequences of Non-Treaty (Non-Conventional) Law-Making», dans Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (dir. publ.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, 2005, p. 487 à 496; et Francisco Orrego Vicuña, «In Memory of Triepel and Anzilotti: The Use and Abuse of Non-Conventional Lawmaking», *ibid.*, p. 497 à 506; pour un point de vue sur la jurisprudence des États-Unis, voir David J. Bederman, «Revivalist Canons and Treaty Interpretation», *UCLA Law Review*, vol. 41 (1994), p. 953 et suiv., et p. 972 et suiv.

voie d'accord et de pratique ultérieurs²⁹, mais ces affaires traduisent la crainte de nombreux acteurs politiques que les mécanismes internes de contrôle de la conclusion et de l'application des traités ne soient contournés. Selon un ancien juge de la Cour européenne des droits de l'homme, les processus d'accord et de pratique ultérieurs reviendraient à «motoriser» les traités³⁰.

18. Le sujet est pertinent, non seulement pour les traités ordinaires entre États, mais aussi pour les traités constitutifs d'organisations internationales (art. 5 de la Convention de Vienne sur le droit des traités). Par leur action et leur engagement dans le cadre d'organisations internationales, les États membres manifestent des formes d'accord et de pratique ultérieurs qui ont une incidence sur l'interprétation évolutive des instruments constitutifs de ces organisations. Toutefois, dans le passé, la Commission a parfois dissocié les projets relatifs aux organisations internationales (en particulier s'agissant du droit des traités et de la responsabilité internationale). La question de la pertinence de la pratique de l'organisation et des réactions des États membres à cette pratique ne sera assurément pas toujours jugée suivant les mêmes normes que celles applicables à des traités ordinaires entre États³¹. Néanmoins, vu les rapports étroits entre ces deux domaines, il serait artificiel de les distinguer, à une réserve près cependant: même si certains des exemples les plus connus de pratique organisationnelle concernent l'Organisation des Nations Unies³², il pourrait être envisagé d'exclure de l'étude la pratique des principaux organes de celle-ci par crainte, éventuellement, de possibles restrictions au développement du système des Nations Unies dans son ensemble. Il reste que d'autres organismes, institutions et organes conventionnels des Nations Unies ne suscitent pas les mêmes

²⁹ Groupe parlementaire du *Partei des Demokratischen Sozialismus v. Bundesregierung*, 22 novembre 2001, BVerfGE 104, 151; Groupe parlementaire du *Partei des Demokratischen Sozialismus/Linkspartei v. Bundesregierung*, 3 juillet 2007, affaire n° 2 BvE 2/07.

³⁰ Georg Ress, «Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge», dans Walther Fürst et coll. (dir. publ.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 2, Berlin 1987, p. 1775 et suiv., et 1779.

³¹ C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, 2^e éd., 2005, p. 49 et suiv., 290 et suiv. et 460 et suiv.

³² *Compétence de l'Assemblée générale pour l'admission d'un État aux Nations Unies*, avis consultatif du 3 mars 1950, C.I.J. Recueil 1950, p. 8 et suiv.; *Certaines dépenses des Nations Unies*, avis consultatif du 20 juillet 1962, C.I.J. Recueil 1962, p. 160, 162, 165, 168 et suiv., et 177 à 179; *Conséquences juridiques pour les États de la présence continue de l'Afrique du Sud en Namibie (Sud-Ouest africain) nonobstant la résolution 276 (1970)*, avis consultatif du 21 juin 1971, C.I.J. Recueil 1971, p. 16, par. 21 et 22; Bruno Simma/Stefan Brunner/Hans-Peter Kaul, «Article 27», dans Bruno Simma (dir. publ.), *The Charter of the United Nations: A Commentary*, vol. I, Oxford, 2002, p. 493 et suiv., par. 46 et suiv.; Michael Bothe, «Peace-keeping», *ibid.*, p. 685, par. 86 et 91 et suiv.; *Réparation des dommages subis au service des Nations Unies*, avis consultatif du 11 avril 1949, C.I.J. Recueil 1949, p. 180.

préoccupations et devraient être examinés. Il faudrait en outre étudier, sous l'angle de leur applicabilité à d'autres traités et acteurs, les règles et principes généralement reconnus qui ont été développés compte tenu de la pratique des organes des Nations Unies.

D. L'objectif et la portée éventuelle de l'examen du sujet proposé

19. L'objectif de l'examen du sujet proposé serait double:

20. Le premier serait de constituer un répertoire suffisamment représentatif de la pratique, qui serait concrètement d'une grande utilité. Jusqu'à présent, les éléments de la pratique effective relative aux accords ultérieurs et à la pratique ultérieurement suivie en ce qui concerne les traités n'ont été recueillis que de manière aléatoire. L'importance de ces moyens d'interprétation des traités est certes généralement reconnue, mais leur portée réelle n'a été déterminée que dans le cadre de procédures juridictionnelles ou lorsque la question s'est posée, et non pas de manière systématique. La collecte d'exemples pertinents d'accord et de pratique ultérieurs et leur classement systématique n'ont pas seulement une valeur propre, comme base possible d'orientation dans des cas analogues. Bien que cet exercice ne puisse certainement pas prétendre à l'exhaustivité, il donnerait néanmoins un aperçu représentatif utile aux praticiens, qui seraient alors mieux à même de raisonner par analogie. Un tel répertoire devrait aussi fournir aux cours et tribunaux des indications quant à la pertinence des accord et pratique ultérieurs, faute de quoi les organes juridictionnels risqueraient de définir un peu trop vite ce qu'ils considèrent comme l'objet et le but d'un traité en perdant de vue le rôle permanent des États dans l'interprétation du traité.

21. La constitution d'un répertoire n'est pas simplement une tâche qui pourrait tout aussi bien être effectuée par un institut de recherche universitaire. Bien que les États ne leur confèrent pas un caractère secret, certains cas d'accord et de pratique ultérieurs ne sont pas disponibles dans le domaine public. La Commission est la meilleure enceinte possible pour déterminer si certaines activités peuvent être qualifiées de pratique pertinente. Avec l'aide de ses membres, elle est aussi la meilleure source, et la plus légitime, pour obtenir des exemples pertinents d'accord et de pratique ultérieurs. Il ne s'agit certes pas de collecter des données sans discernement, mais il faut au contraire s'appuyer sur un questionnaire soigneusement formulé.

22. Le second objectif de l'examen du sujet – le plus important – devrait être de tirer certaines conclusions ou directives générales du répertoire de la pratique, sans viser à l'élaboration d'un projet de convention, ne serait-ce que parce que des directives d'interprétation ne sont pratiquement jamais codifiées, même dans les systèmes juridiques internes. Ces conclusions ou directives générales pourraient néanmoins donner à ceux qui interprètent et appliquent les traités une orientation quant aux possibilités et limites d'un moyen d'interprétation de plus en plus important qui est propre au droit international. Ces conclusions ou directives, sans être un carcan pour les interprètes, ne les laisseraient pas non plus dans le vide. Elles offriraient un point de référence à tous ceux qui interprètent et appliquent les traités, contribuant ainsi à une base d'interprétation commune, réduisant au minimum les risques de conflit et rendant plus efficace le processus d'interprétation.

23. Dans ce cadre général, l'étude pourrait porter plus précisément sur les questions suivantes:

- a) Délimitation du champ des accord et pratique ultérieurs;
- b) Types d'accord et de pratique ultérieurs;
- c) Acteurs ou activités pertinents;
- d) Éléments constitutifs;
- e) Limites de fond;
- f) Modification des traités et moyens informels de coopération;
- g) Types particuliers de traités;
- h) Droit international coutumier et intégration systémique.

a) Délimitation du champ des accord et pratique ultérieurs

24. La délimitation des différents moyens d'interprétation prévus à l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités n'est pas nette. Si la Commission a quelque peu élucidé le principe d'intégration systémique (art. 31, par. 3 c) de la Convention de Vienne)³³, la frontière entre accord ultérieur et pratique

³³ Rapport sur la fragmentation du droit international, *supra*, note 20, par. 410 à 480.

ultérieurement suivie est relativement indécise. Il est admis qu'un accord ultérieur peut prendre diverses formes. Ainsi, peut constituer un accord ultérieur une simple décision adoptée par une réunion des parties à un traité, comme cela a été le cas lorsque les États membres de l'Union européenne ont changé l'écu en euro³⁴. Un accord ultérieur présupposant le consentement de toutes les parties, il semble postuler un plus haut degré de formalisme que la pratique ultérieurement suivie.

25. La pratique ultérieure implique l'établissement d'un accord ultérieur des parties à un traité. Elle doit être généralement commune, convergente et uniforme³⁵. Comme l'a dit le Rapporteur spécial Sir Humphrey Waldock: «...pour qu'une pratique corresponde à une "interprétation authentique", il faut qu'il ressorte de cette pratique que l'interprétation dont il s'agit a recueilli l'assentiment tacite de l'ensemble des parties»³⁶. Le problème est toutefois de savoir comment établir cet assentiment tacite. Dans cette perspective, il est recouru aux notions d'acquiescement et d'*estoppel* pour déterminer si une partie a consenti implicitement à la pratique d'une autre partie. Le sens exact de ces principes fait l'objet de débats considérables³⁷. S'il est peut-être impossible de parvenir à des conclusions définitives à cet égard, une analyse de la pratique des États et des organisations ferait probablement ressortir une orientation générale.

³⁴ Voir Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press, New York, 2000, p. 192.

³⁵ Voir *Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu* (Botswana/Namibie), par. 49 et 50; sentence arbitrale dans l'affaire de l'Interprétation de l'Accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et la France, rapport de l'Organe d'appel: Japon – Taxes sur les boissons alcooliques (1^{er} novembre 1996) WT/DS8; WT/DS10; WT/DS11, p. 13; Giovanni Distefano, «La pratique subséquente des États parties à un traité», *Annuaire français de droit international*, vol. XL (1994), p. 41 et suiv. et 46 et suiv.

³⁶ Humphrey Waldock, Sixième rapport sur le droit des traités, *Annuaire ... 1966*, vol. II, A/CN.4/186, p. 107, par. 18; voir aussi Giovanni Distefano, *supra*, note 30, p. 55.

³⁷ Voir *Affaire de la délimitation de la frontière maritime dans la région du Golfe du Maine* (Canada/États-Unis d'Amérique), arrêt du 12 octobre 1984, C.I.J. Recueil 1984, p. 246, par. 130; *Affaire du Temple de Preah Vihear* (Cambodge c. Thaïlande), arrêt du 15 juin 1962 (opinion individuelle de M. Alfaro), p. 39 et 40; *Affaires du Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne c. Danemark; République fédérale d'Allemagne c. Pays-Bas), arrêt du 20 février 1969, C.I.J. Recueil 1969, p. 4, par. 30; Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6^e éd., Oxford University Press, 2003, p. 616; voir aussi Phil C. W. Chan, «Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: Temple of Preah Vihear Revisited», *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), p. 421 à 439; Hans Das, «L'Estoppel et l'Acquiescement: Assimilations Pragmatiques et Divergences Conceptuelles», *Revue belge de droit international*, vol. 30 (1997), p. 607 à 634, p. 608; Malcom N. Shaw, *International Law*, 5^e éd., Cambridge University Press, Cambridge, 2003, p. 439; Martti Koskenniemi, *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, réédition, Cambridge, 2005, p. 356 et suiv.

b) Types d'accord et de pratique ultérieurs

26. L'étude viserait à déterminer différents types d'accord ultérieur et de pratique ultérieurement suivie, ou certaines distinctions pouvant aider à déceler des analogies pertinentes:

- Distinction entre développements ultérieurs spécifiques et généraux;
- Distinction entre traités techniques et traités plus généraux, comme les traités visant à garantir la sécurité et/ou les droits de l'homme;
- Distinction entre traités comportant ou non un mécanisme juridictionnel propre de règlement des différends;
- Distinction entre traités anciens et nouveaux;
- Distinction entre traités bilatéraux et multilatéraux.

c) Acteurs ou activités pertinents

27. La question de savoir lequel des organes de l'État est habilité à le représenter au niveau international est traitée dans différents contextes. L'article 7 de la Convention de Vienne sur le droit des traités détermine de façon manifestement trop étroite les organes de l'État ou autres acteurs capables de contribuer à un accord ou une pratique ultérieurs pertinents. En revanche, l'approche globale des règles relatives à la responsabilité de l'État³⁸ est probablement trop large à cette fin. Dans la sentence qu'il a rendue *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France*, le tribunal arbitral s'est montré peu enclin à considérer le comportement d'organes publics de rang inférieur comme la preuve d'une pratique ultérieure des parties à un traité³⁹. D'autres sentences se sont néanmoins appuyées sur une telle pratique, quoique seulement lorsqu'elle bénéficiait du consentement tacite des

³⁸ Voir art. 4 du projet d'articles sur la responsabilité de l'État, *Documents officiels de l'Assemblée générale, cinquante-sixième session, Supplément n° 10 (A/56/10)*.

³⁹ *Sur la question du régime fiscal des pensions versées aux fonctionnaires retraités de l'UNESCO résidant en France (France-UNESCO)*, sentence du 14 janvier 2003, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXV, p. 231 à 266, p. 258, par. 70; à propos de cette sentence, voir Robert Kolb, «La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties», *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 14 (1) (2004), p. 9 à 32.

autorités supérieures⁴⁰. L'étude pourrait fournir une analyse systématique des acteurs dont les faits peuvent contribuer à un accord ou une pratique ultérieurs.

d) Éléments constitutifs

28. On considère encore généralement que toutes les parties à un traité doivent contribuer à la pratique ultérieure en cause. Celle-ci est néanmoins parfois perçue comme structurellement comparable au développement de nouvelles règles coutumières. Dans ce cas, le principe exigeant que tous les États consentent aux règles coutumières a subi quelques modifications⁴¹. Une différence importante entre droit coutumier et droit conventionnel tient toutefois au fait que ce dernier repose plus clairement sur le consentement de toutes les parties.

29. La question de savoir comment ce consentement devrait être établi donne lieu à des débats considérables. La pratique internationale offre certains exemples, comme le rapport d'un groupe spécial de l'OMC aux termes duquel la pratique d'une partie seulement peut éclairer le sens d'une disposition dès lors qu'il s'agit de la pratique du seul État concerné par la question en cause⁴². Bien que le groupe spécial ait été ensuite contredit à cet égard par l'Organe d'appel⁴³, son rapport mérite l'attention et n'a fait que revenir sur un problème qui était également apparu dans d'autres contextes⁴⁴. La CIJ a considéré que la pratique d'un État peut avoir une valeur probante particulière lorsqu'elle se rapporte à l'exécution d'une obligation incombant à cet État⁴⁵.

e) Limites de fond

30. L'étude devrait aussi s'intéresser aux limites possibles de l'examen des accord et pratique ultérieurs. Certains traités comportent des règles expresses relatives à leur

⁴⁰ Arbitrage dans l'affaire de l'*Interprétation de l'Accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et la France*.

⁴¹ Voir Christian Tomuschat, «Obligations Arising for States Without or Against their Will», *Recueil des Cours* ..., vol. 241 (1993-IV), p. 195 à 374, 290.

⁴² *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés*, par. 7.255.

⁴³ Rapport du groupe spécial, *Communautés européennes – Classification douanière des morceaux de poulet désossés et congelés* (30 mai 2005) WT/DS269/R, par. 259.

⁴⁴ C. F. Amerasinghe, *Principles of the Institutional Law of International Organizations*, Cambridge, 2^e éd., 2005, p. 50 et suiv.

⁴⁵ *Statut international du Sud-Ouest africain*, avis consultatif du 11 juillet 1950, *C.I.J. Recueil 1950*, p. 135 et suiv.; Lord McNair, *The Law of Treaties*, 2^e révision, Stevens and Sons, Londres, 1961, p. 427.

interprétation qui peuvent avoir une incidence sur l'application des méthodes générales d'interprétation (voir ci-après «g) Types particuliers de traités»). Des limites de fond pourraient cependant résulter aussi de règles de *jus cogens*, lesquelles pourraient limiter certaines formes d'interprétation évolutive d'un traité par les parties, mais être elles-mêmes spécifiquement touchées par des développements ultérieurs (voir art. 64 de la Convention de Vienne sur le droit des traités).

f) Modification des traités et coopération informelle

31. S'il est peut être exagéré de prétendre, comme l'a fait Georges Scelle, que «l'application elle-même des traités n'est (...) qu'une révision continue»⁴⁶, l'étude des accord et pratique ultérieurs doit envisager l'application informelle d'un traité comme un mode d'interprétation, voire de modification de celui-ci⁴⁷. Un exemple classique d'interprétation supposée qui s'est peut-être muée en une modification d'un traité est celle qu'a donnée la Cour internationale de Justice de l'Article 27, paragraphe 3, de la Charte des Nations Unies en ce qui concerne l'absence de conséquence de l'abstention de membres permanents du Conseil de sécurité⁴⁸. Bien que la possibilité de modification d'un traité ait aussi été reconnue par des sentences arbitrales⁴⁹, la CIJ a récemment adopté une position plus réservée à cet égard et, dans l'affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu, elle n'a pas conclu à une modification par voie de pratique ultérieure⁵⁰.

32. La question de la modification est liée à une tendance des États à recourir à des moyens informels de coopération internationale. S'agissant de la pratique ultérieurement suivie, il faut examiner quelle est la valeur des «mémoires d'accord»⁵¹, dont la force

⁴⁶ Georges Scelle, *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris (Librairie du Recueil Sirey) 1936, p. 11.

⁴⁷ Karol Wolfke, «Treaties and Custom», dans: Jan Klabbbers (dir. publ.), *Essays on the Law of Treaties – A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*, (1998), p. 31 à 39, 34.

⁴⁸ 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 du 21 juin 1971, *C.I.J. Recueil 1971*, par. 21 et 22.

⁴⁹ Voir *Affaire concernant l'emplacement des balises frontalières à Taba, entre l'Égypte et Israël*, sentence du 29 septembre 1938, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XX, p. 1 à 118, 56 et 57, par. 209 à 211; *Temple de Preah Vihear; Interprétation de l'Accord relatif aux services aériens entre les États-Unis d'Amérique et la France; Délimitation de la frontière entre l'Érythrée et l'Éthiopie*, p. 110 et suiv.; Anthony Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 213.

⁵⁰ Affaire de l'Île de Kasikili/Sedudu (Bostwana/Namibie).

⁵¹ Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, p. 26 à 45.

juridique est contestée. Cette incertitude n'a toutefois pas empêché des tribunaux arbitraux de les considérer comme une pratique ultérieure⁵².

g) Types particuliers de traités

33. L'étude devrait aussi envisager les accord et pratique ultérieurs dans le cadre de régimes conventionnels spéciaux. Si dans le rapport du Groupe d'étude sur la fragmentation du droit international, la notion de «régime autonome»⁵³ a été rejetée, il faut néanmoins examiner comment les règles générales sont appliquées dans des contextes particuliers. Ainsi, s'agissant du droit de l'OMC, l'interprète est confronté à un ensemble complexe de dispositions qui, simultanément, prévoient et limitent le recours à l'interprétation par la pratique ultérieure. Il en résulte que le nombre considérable de rapports établis tant par les groupes spéciaux que par l'Organe d'appel, qui traitent expressément de la pratique ultérieure, doivent être lus en fonction de ce cadre réglementaire⁵⁴.

34. Certains autres régimes conventionnels qui établissent des organes juridictionnels ou prévoient une autre forme d'institutionnalisation du règlement des différends ont tendance à développer leurs propres règles d'interprétation qui diffèrent des normes classiques du droit international général. Un exemple est fourni par le système juridique de la Communauté européenne/Union européenne dans lequel la Cour (européenne) de justice affirme régulièrement qu'elle ne considère pas une pratique ultérieure comme un moyen d'interprétation⁵⁵. En revanche, dans le contexte de la Politique étrangère et de sécurité commune élaborée dans le cadre du Traité sur l'Union européenne, la pratique ultérieure de l'organisation comme moyen d'interpréter les dispositions pertinentes de ce traité, comme l'article 24⁵⁶, reste plausible.

⁵² Arbitrage entre les États-Unis et le Royaume-Uni concernant les redevances d'usage à l'aéroport d'Heathrow, sentence du 30 novembre 1992, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XXIV, p. 1 à 359, 76 et suiv. et 130 et suiv.

⁵³ Rapport sur la fragmentation du droit international, par. 191 et suiv.

⁵⁴ Voir les références *supra*, note 9.

⁵⁵ Voir affaire 68/86, *Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord c. Conseil des Communautés européennes*, *Recueil de jurisprudence* 1988, p. 855, par. 24.

⁵⁶ Voir Daniel Thym, «Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union», *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66 (2006), p. 863 et suiv., p. 870.

35. La Convention européenne des droits de l'homme constitue un autre cas particulier. Bien que l'on trouve de nombreuses références à des développements ultérieurs dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme⁵⁷, il est intéressant de noter l'usage qu'en fait la Cour. Indépendamment de la pratique classique des États membres eux-mêmes, la qualification d'«instrument vivant» donnée à la Convention pourrait être considérée comme la reconnaissance d'une pratique ultérieure de la société civile plutôt que comme celle d'une pratique ultérieure des États parties⁵⁸.

h) Droit international coutumier et intégration systémique

36. Les moyens d'interprétation prévus à l'article 31, paragraphe 3, de la Convention de Vienne sur le droit des traités conduisent à examiner plus attentivement leurs relations avec le développement de nouvelles règles coutumières⁵⁹. Une pratique ultérieure peut refléter le vœu des États de modifier le traité afin de l'adapter à l'évolution de l'environnement normatif. De ce point de vue, la pratique ultérieurement suivie au sens de l'article 31, paragraphe 3 b), de la Convention de Vienne sur le droit des traités est intimement liée au principe d'intégration systémique énoncé à l'alinéa c du même paragraphe.

E. Comment aborder le sujet des accord et pratique ultérieurs

37. La proposition vise à l'élaboration de directives relatives à l'interprétation des traités dans le temps sur la base d'un répertoire de la pratique. L'objectif est de traiter le sujet en un quinquennat.

38. La nature du sujet, en tant que question transversale, requiert une approche différente de celle qui viserait à codifier un domaine spécifique du droit international. Il ne serait pas logique, par exemple, de partir de principes généraux pour passer ensuite à des directives plus spécifiques ou des exceptions. En effet, la matière d'où seraient extraites les directives est sensiblement moins préformée que ne le sont les sujets qui se prêtent à la codification. Il faut donc induire le répertoire et les directives qui en résulteront de certaines catégories raisonnables d'informations, qui devraient satisfaire à deux

⁵⁷ Voir les références, *supra*, note 7.

⁵⁸ Rudolf Bernhardt, «Interpretation in International Law», dans *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), p. 1416 à 1426, p. 1421.

⁵⁹ Voir Maurice Kamto, «La volonté de l'État en droit international», *Recueil des Cours* ..., vol. 310 (2004), p. 133 et suiv.

conditions: d'abord, pouvoir être nettement distinguées les unes des autres et, ensuite, se prêter à un traitement successif évitant autant que possible tout double emploi.

39. Analysées successivement, les catégories suivantes devraient remplir ces conditions:

a) Jurisprudence des cours et tribunaux internationaux dotés d'une compétence générale et ad hoc (par exemple, CIJ, tribunaux arbitraux);

b) Décisions de juridictions ou autres organes indépendants dans le cadre de régimes spéciaux (par exemple, Mémoire d'accord sur le règlement des différends de l'OMC, CEDH);

c) Accord et pratique ultérieurs des États en dehors de procédures juridictionnelles ou quasi juridictionnelles;

d) Accord et pratique ultérieurs relatifs à des organisations internationales et de ces organisations (ONU, institutions spécialisées et organisations régionales);

e) Jurisprudence des juridictions nationales;

f) Conclusions.

40. Sous un angle purement théorique, le point de départ devrait être, en principe, la pratique des États en dehors de toute procédure juridictionnelle ou quasi juridictionnelle. Néanmoins, des considérations pratiques plaident en faveur de l'approche proposée. La collecte d'éléments relatifs à la pratique des États hors de toute procédure juridictionnelle ou quasi juridictionnelle représente la partie la plus difficile du projet et elle requiert, plus que toute autre catégorie d'informations, le concours des États et d'autres sources. Il faudra du temps à la Commission pour préparer cet aspect du sujet, en particulier pour obtenir des réponses des États à un questionnaire. La portée juridique d'un accord et d'une pratique ultérieurs étant couramment décrite au moyen d'exemples tirés de la jurisprudence internationale, il est sans doute préférable d'entreprendre l'analyse du sujet par l'examen de la jurisprudence des juridictions internationales dotées d'une compétence générale (en particulier la CIJ) ou d'une compétence ad hoc (divers tribunaux arbitraux). Ces organes juridictionnels ont posé les principaux points de référence utiles pour l'analyse. L'examen des décisions de juridictions et autres organes indépendants dans le cadre de régimes spéciaux viendrait ensuite compléter l'analyse précédente, soit en

confirmant l'approche suivie par les cours et tribunaux internationaux de compétence générale ou ad hoc, soit en laissant penser qu'il existe certaines exceptions dans les régimes spéciaux.

41. Après l'examen de la manière dont les organes juridictionnels ou quasi juridictionnels internationaux envisagent l'accord et la pratique ultérieurs des États, il faudrait s'intéresser à des exemples pertinents d'accord et de pratique des États hors du cadre juridictionnel ou quasi juridictionnel. Dans cette perspective, il faudra là encore se demander si cette pratique des États confirme de manière générale la jurisprudence des organes juridictionnels ou quasi juridictionnels internationaux, et si elle apporte de nouveaux éléments.

42. L'analyse des décisions internationales sur le sujet serait complétée par l'examen de cas d'accord et de pratique ultérieurs concernant des organisations internationales, ou appliqués par elles. Cela devrait permettre de dégager certaines interprétations et pratiques spécifiques qui pourraient alors servir de base à des directives. Un examen de la jurisprudence disponible de juridictions nationales aidera à confirmer ou mettre en question les indications précédentes.

43. Enfin, un rapport final devrait synthétiser les différents niveaux d'analyse et se conclure par les directives envisagées relatives à l'interprétation.

44. L'approche proposée de cette question transversale soulève inévitablement des questions de délimitation qu'il conviendra de résoudre au fur et à mesure de l'examen du sujet. Une autre question est de savoir comment intégrer les vues des auteurs. Il est proposé de les examiner en fonction de leurs liens spécifiques avec la sous-catégorie d'informations à l'examen. Cela signifie que les vues générales des auteurs sur la question de l'interprétation des traités dans le temps seraient principalement examinées au début et vers la fin des travaux sur le sujet.

F. Conclusion

45. Il existe de nombreux exemples d'accord et de pratique ultérieurs concernant les traités internationaux. Dans une déclaration à la Sixième Commission en octobre 2007, un représentant a confirmé et justifié l'intérêt pratique, pour les États, de mieux connaître la manière dont les accord et pratique ultérieurs peuvent influencer l'interprétation de leurs

obligations conventionnelles⁶⁰. Il est vrai que le sujet couvre de nombreux domaines, comme un autre représentant l'a fait observer devant la Sixième Commission⁶¹, mais cela ne signifie pas que le sujet ne soit pas suffisamment concret ni susceptible d'un développement progressif. En tant que question transversale, le sujet s'appuie sur une base solide de cas concrets qui seront valorisés par une analyse comparée. Les «problèmes réels»⁶² qui nécessiteraient son examen à l'heure actuelle par la Commission surgissent de plus en plus fréquemment, comme le montre la récente décision de la Cour suprême des États-Unis dans l'affaire *Medellin v. Texas* et son analyse de l'interprétation postérieure à la ratification («*post-ratification understanding*») de la Convention de Vienne sur les relations consulaires⁶³.

46. Il est donc proposé que la Commission élucide l'équilibre nécessaire entre stabilité et évolution dans le droit des traités par la codification et le développement progressif du droit international sur la question. Le sujet se prête aussi bien à l'examen traditionnel sur la base des rapports d'un rapporteur spécial qu'à son traitement par un groupe d'étude.

⁶⁰ Déclaration du représentant de l'Allemagne le 30 octobre 2007, p. 6 et 7.

⁶¹ Déclaration du représentant des États-Unis le 31 octobre 2007, p. 5 et 6.

⁶² Déclaration du représentant des États-Unis le 31 octobre 2007, p. 6.

⁶³ *Medellin v. Texas*, arrêt du 25 mars 2008, 552 U.S. ... (2008) (Résumé de l'arrêt p. 20 et 21).

Bibliographie sélective

A. International jurisprudence

1. Judicial Organs

(a) Permanent Court of International Justice

Competence of the ILO in regard to International Regulation of the Conditions of the Labour of Persons Employed in Agriculture, Advisory Opinion of 12 August 1922, Series B No. 2.

Interpretation of Article 3, Paragraph 2 of the Treaty of Lausanne, Advisory Opinion of 21 November 1925, Series B No. 12.

Jurisdiction of the European Commission of the Danube, Advisory Opinion of 26 December 1926, Series B No. 14.

Jurisdiction of the Courts of Danzig, Advisory Opinion of 24 September 1927, Series B, No. 15.

(b) International Court of Justice

Status of South-West Africa, Advisory Opinion of 11 July 1950, I.C.J. Reports 1950, p. 128.

Case concerning the Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand), Merits, Judgment of 15 June 1962, I.C.J. Reports 1961, p. 6.

Certain Expenses of the United Nations (Article 17, paragraph 2, of the Charter), Advisory Opinion of 20 July 1962, I.C.J. Reports 1962, p. 151.

North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark; Federal Republic of Germany v. The Netherlands), Judgment of 20 February 1969, I.C.J. Reports 1969, p. 3.

Legal Consequences for States of the Continued Presence of South Africa in Namibia (South West Africa) notwithstanding Security Council Resolution 276 (1970), Advisory Opinion of 21 June 1971, I.C.J. Reports 1971, p. 16.

Case Concerning Delimitation of the Maritime Boundary in the Gulf of Maine Area (Canada v. United States of America), Judgment of 12 October 1984, I.C.J. Reports 1984, p. 246.

Case Concerning Oil Platforms (Islamic Republic of Iran v. United States of America), Preliminary Objections, Judgment of 12 December 1996, I.C.J. Reports 1996, p. 803.

Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia), Judgment of 25 September 1997, I.C.J. Reports 1997, p. 7.

Case Concerning Kasikili/Sedudu Island (Botswana v. Namibia), Judgment of 13 December 1999, I.C.J. Reports 1999, p. 1045.

(c) European Court of Justice

Case 68/86 *United Kingdom v. Council* [1988] ECR 855.

(d) European Court of Human Rights

Tyrer v. the United Kingdom, Judgment, 25 April 1978, Application no. 26.

Marckx v. Belgium, Judgment, 13 June 1979, Application no. 31.

Airey v. Ireland, Judgment, 9 October 1979, Application no. 32.

Case of Soering v. United Kingdom, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 7 July 1989, Application No. 14038/88.

Loizidou v. Turkey, Preliminary Objections, 23 March 1995, Application No. 310.

Loizidou v. Turkey, Judgment (Merits and Just Satisfaction), 18 December 1996, Application No. 15318/89, ECHR, 1996-VI, p. 2236.

Banković and Others v. Belgium and 16 Other Contracting States (dec.) [GC], Application No. 52207/99, ECHR 2001-XII.

Öcalan v. Turkey, Judgment, 12 May 2005, Application No. 46221/99, ECHR 2005-IV.

(e) International Court of the Law of the Sea

M/V 'Saiga' Case (No. 2) (*Saint Vincent and the Grenadines v. Guinea*) Judgment, ITLOS Reports, 1 July 1999.

(f) International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia

Prosecutor v. Dusko Tadic, Case No. IT-94-1-A, A.Ch, Judgment of 15 July 1999.

(g) World Trade Organization

Appellate Body Report, *Japan – Taxes on Alcoholic Beverages* (1 November 1996) WT/DS8/R, WT/DS10/R, WT/DS11/R, modified by Appellate Body Report, WT/DS8/AB/R, WT/DS10/AB/R, WT/DS11/AB/R, DSR 1996:I, 125.

Appellate Body Report, *European Communities – Customs Classification of Certain Computer Equipment* (22 June 1998) WT/DS62/AB/R, WT/DS67/AB/R, WT/DS68/AB/R, DSR 1998:V, 1851.

Panel Report, *Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products* (23 October 2002) WT/DS207/R, modified by Appellate Body Report, WT/DS207AB/R, DSR 2002:VIII, 3127.

Panel Report, *United States – Laws, Regulations and Methodology for Calculating Dumping Margins ("Zeroing")* (9 May 2006) WT/DS294/R, modified by Appellate Body Report, WT/DS294/AB/R.

Appellate Body Report, *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (27 September 2005) WT/DS269/AB/R, WT/DS286/AB/R, and Corr.1.

Panel Report, *European Communities – Customs Classification of Frozen Boneless Chicken Cuts* (30 May 2005) WT/DS269/R.

2. Arbitral Awards

Affaire de l'indemnité russe, (Russia v. Turkey), Award of 11 November 1912, UNRIAA, vol. XI, pp. 421-447.

Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and France (USA v. France), Award of 22 December 1963, UNRIAA, vol. XVI, pp. 5-74.

Interpretation of the air transport services agreement between the United States of America and Italy (USA v. Italy), Award of 17 July 1965, UNRIAA, vol. XVI, pp. 75-108.

Beagle Channel Arbitration (Argentina v. Chile), Award of 18 February 1977, UNRIAA, vol. XXI, pp. 53-264.

The Chamizal Case (Mexico v. United States), Award of 15 June 1911, UNRIAA, vol. XI, pp. 309-347.

Delimitation of the Continental Shelf (UK v. France), Award of 30 June 1977, UNRIAA, vol. XVIII, pp. 3 - 413.

The United States of America, et al. v. The Islamic Republic of Iran, et al., Award of 25 January 1984, *Iran-US C.T.R.*, vol. 5, p. 57.

Affaire de la Délimitation de la frontière maritime (Guinée/Guinée-Bissau), 14 February 1985, UNRIAA, vol. XIX, pp. 119-213.

Houston Contracting Company v. National Iranian Oil Company, et al, Award of 22 July 1988, *Iran-US C.T.R.*, vol. 20, p. 3.

Taba Arbitration (Egypt v. Israel), Award of 29 September 1988, UNRIAA, XX, pp. 1-118.

Arbitration Concerning Heathrow Airport User Charges (United States v. United Kingdom), Award of 30 November 1992, UNRIAA, vol. XXIV, pp. 1-359.

Decision Regarding Delimitation of the Border between the State of Eritrea and the Federal Democratic Republic of Ethiopia, 13 April 2002, UNRIAA, vol. XXV, pp. 83-195.

Question of the tax regime governing pensions paid to retired UNESCO officials residing in France (France v. UNESCO), Award of 14 January 2003, UNRIAA, vol. XXV, pp. 231-266.

Southern Bluefin Tuna case (Australia and New Zealand/Japan) Award of 4 August 2000 (Jurisdiction and admissibility) UNRIAA, vol. XXII, pp. 1-57.

In the Arbitration Regarding the Iron Rhine ("Ijzeren Rijn") Railway (Belgium v. The Netherlands), Permanent Court of Arbitration, Award of the Arbitral Tribunal, 24 May 2005.

B. National Jurisprudence

Trans World Airlines, Inc. v. Franklin Mint Corp., 466 U.S. 243 (1984).

United States v. Alvarez-Machain, 504 U.S. 655 (1992), 31 ILM 902 (1992)

Medellin v. Texas, Judgment of 25 March 2008, 552 U.S. ... (2008)

R. v. Sec. of State, on Application of Channel Tunnel Group, 23 July 2001, ILR vol. 125, (2004), p. 580.

Parliamentary Group of the Partei des Demokratischen Sozialismus v. Bundesregierung, German Federal Constitutional Court, 22 November 2001, BVerfGE 104, 151, ILDC 134 (DE 2001).

King v. Bristow Helicopters Ltd [2002] UKHL 7, [2002] 2 AC 628, ILDC 242 (UK 2002).

Morris v. KLM Royal Dutch Airlines [2002] UKHL 7, 2 AC 628, ILDC 242 (UK 2002).

A v B, Swiss Federal Supreme Court, 1st Civil Law Chamber, 8 April 2004, BGE 130 III 430, ILDC 343 (SW 2004).

Attorney-General v. Zaoui, New Zealand Supreme Court, 21 June 2005, [2005] NZSC 38, SC CIV 19/2004, ILDC 81 (NZ 2005).

Parliamentary Group of the Partei des Demokratischen Sozialismus/Linkspartei v. Bundesregierung, German Federal Constitutional Court, 3 July 2007, 2 BvE 2/07; available at <http://www.bverfg.de>.

Bouzari v. Iran (Islamic Republic) (2004), 243 D.L.R. (4th) 406, ILDC 175 (CA 2004).

C. International organizations

1. United Nations

Sir Humphrey Waldock, Third report on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1964, vol. II, A/CN.4/167/Add.1-3.

Sir Humphrey Waldock, Sixth report on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, A/CN.4/186.

Sir Humphrey Waldock, Commentary on Draft Articles on the Law of Treaties, *Yearbook of the International Law Commission*, 1966, vol. II, A/CN.4/SER.A/1966/Add.1. p. 236.

Sixth Commission consideration of Article 38 on Modification of treaties by subsequent practice, *Official Records of the United Nations Conference on the Law of Treaties, First Session, Vienna, 24 April 1968, Summary records of the plenary meetings of the Sixth Committee* (A/CONF.39/11), pp. 207-215.

Draft Articles on State Responsibility, Article 4, *Official Records of the General Assembly, Fifty-sixth Session, Supplement No. 10 (A/56/10)*.

Fragmentation of International Law: Difficulties Arising from the Diversification and Expansion of International Law, Report of the Study Group of the International Law Commission, Finalized by Martti Koskenniemi, A/CN.4/L.682, 13 April 2006.

Topical Summary of the discussion held in the Sixth Committee, prepared by the Secretariat, A/CN.4/577/Add.1, 27 January 2007.

D. Treaties and similar documents

Vienna Convention on the Law of Treaties, 23 May 1969, United Nations, *Treaty Series*, vol. 1155, p. 331.

Vienna Convention on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations, 21 March 1986, 25 ILM 543.

Protocol of 2005 to the Convention for the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation, 14 October 2005, London, LEG/CONF.15/21.

E. Literature

Michael Akehurst, "The Hierarchy of the Sources of International Law", *British Yearbook of International Law*, vol. 47 (1974-1975), pp. 273-285.

José E. Alvarez, *International Organisations as Law-Makers*, Oxford University Press, USA, 2005.

Anthony Aust, *Modern treaty law and practice*, Cambridge University Press, New York, 2000.

Anthony Aust, "Domestic Consequences of Non-Treaty (Non-Conventional) Law-Making", in Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, 2005, pp. 487-496.

David J. Bederman, "Revivalist Canons and Treaty Interpretation", *UCLA Law Review* vol. 41 (1994), p. 953.

Rudolf, Bernhardt, "Interpretation in International Law, in (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. II (1995), pp. 1416-1426.

Rudolf, Bernhardt, "Völkerrechtliche und verfassungsrechtliche Aspekte konkludenter Vertragsänderungen", in Hans-Wolfgang Arndt et al. (eds.), *Völkerrecht und deutsches Recht – Festschrift für Walter Rudolf* (2001), pp. 15-22.

Yves le Bouthillier, "Article 32" in Olivier Corten/Pierre Klein (eds.), "Les Conventions de Vienne sur le droits des traités. Commentaire article par article", Bruxelles, Bruylant, 2006.

Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, 6th ed., Oxford University Press, USA, 2003.

Michael Byers, *Custom, Power, and the Power of Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

Michael Byers, "Policing the High Seas: The Proliferation Security Initiative", *American Journal of International Law* vol. 98 (2004), pp. 526-545.

Phil C.W. Chan, "Acquiescence/Estoppel in International Boundaries: *Temple of Preah Vihear* Revisited", *Chinese Journal of International Law*, vol. 3 (2004), pp. 421-439.

Jonathan I. Charney, "The Impact on the International Legal System of the Growth of International Courts and Tribunals", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999) p. 697.

Hans Das, "L'Estoppel et l'Acquiescement: Assimilations Pragmatiques et Divergences Conceptuelles", *Revue Belge de Droit International*, vol. 30 (1997), pp. 607-634.

Giovanni, Distefano, "La pratique subséquente des États parties à un traité", *Annuaire français de droit international*, vol. XL (1994), p. 63.

Maurice Kamto, "La volonté de l'État en droit international", *Recueil des Cours* vol. 310 (2004), p. 133.

Wolfram Karl, *Vertrag und spätere Praxis im Völkerrecht: zum Einfluss der Praxis auf Inhalt und Bestand völkerrechtlicher Verträge*, Springer, Berlin; New York, 1983.

Benedict Kingsbury, "Is the Proliferation of International Courts and Tribunals a Systemic Problem?", *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 31 (1999), pp. 679-696.

Robert Kolb, "La modification d'un traité par la pratique subséquente des parties", *Schweizerische Zeitschrift für Internationales und Europäisches Recht*, vol. 14 (1) (2004), pp. 9-32.

Robert Kolb, "Interprétation et création du droit international", Bruxelles, 2006.

Nancy Kontou, *The Termination and Revision in the Light of New Customary International Law*, Clarendon Press, Oxford, 1994.

Martti Koskeniemi, *From Apology to Utopia – The Structure of International Legal Argument*, Reissue, Cambridge 2005.

Maximilian Malirsch and Florian Prill, "The Proliferation Security Initiative and the 2005 Protocol to the SUA Convention", *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 67 (2007), pp. 229-240.

Matshushita, Schoenbaum, Mavroidis, *The World Trade Organization – Law, Practice, and Policy*, 2nd ed., Oxford University Press, USA, 2006.

John Norton Moore, "Treaty Interpretation, the Constitution, and the Rule of Law", *Virginia Journal of International Law*, vol. 42 (2001), pp. 163-263.

Lord McNair, *The Law of Treaties*, 2nd rev., Stevens and Sons, London, 1961.

Lord McNair, “Severance of Treaty Provisions”, in *Hommage d’une generation des Juristes au President Basdevant* (1961), p. 352.

Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law*, Oxford University Press, New York, 2006.

Joost Pauwelyn, *Conflict of Norms in Public International Law*, Cambridge University Press, New York, 2003.

Georg Ress, “Verfassungsrechtliche Auswirkungen der Fortentwicklung völkerrechtlicher Verträge”, in Walther Fürst et al. (eds.), *Festschrift für Wolfgang Zeidler*, vol. 2, Berlin 1987.

Georges Scelle, *Théorie juridique de la révision des traités*, Paris, Librairie du Recueil Sirey, s. a., 1936.

Malcom N. Shaw, *International Law*, 5th ed., Cambridge University Press, Cambridge 2003.

Sir Ian Sinclair, *The Vienna Convention of the Law of Treaties*, Manchester University Press, Manchester, 1984.

Bruno Simma, (Ed.) *The Charter of the United Nations: A Commentary*, New York: Oxford University Press, 2003.

Daniel Thym, “Die völkerrechtlichen Verträge der Europäischen Union”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 66 (2006), pp. 863-925.

Christian Tomuschat, “Obligations Arising for States Without or Against their Will”, *Recueil des Cours*, vol. 241 (1993-IV), pp. 195-374.

Francisco Orrego Vicuña, “In Memory of Triepel and Anzilotti: The Use and Abuse of Non-Conventional Lawmaking”, in Rüdiger Wolfrum/Volker Röben (eds.), *Developments of International Law in Treaty Making*, Berlin, 2005, p.497.

Mark E. Villiger, *Customary International Law and Treaties: a study of their interactions and interrelations with special consideration of the 1969 Vienna Convention on the Law of Treaties* (Dordrecht: Nijhoff, 1985).

Karol Wolfke, “Treaties and Custom, in: Jan Klabbers (ed.), *Essays on the Law of Treaties – A Collection of Essays in Honour of Bert Vierdag*”, (1998), pp.31-39.

M., Yasseen, “L’interprétation des traits d’après la Convention de Vienne sur le Droit de Traités”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International*, vol. 151 (1976-III).

Annexe B

La clause de la nation la plus favorisée

(Groupe de travail de la Commission)

1. En 1978, la Commission du droit international a adopté un projet d'articles sur les clauses de la nation la plus favorisée (NPF). L'Assemblée générale n'a pris aucune mesure à propos de ce projet. En 2006, à la cinquante-huitième session de la CDI, le Groupe de travail sur le programme de travail à long terme a examiné la question de savoir si la Commission ne devrait pas reprendre l'examen du sujet et l'inscrire à son programme de travail à long terme, mais la Commission n'a pris aucune décision sur ce point. Elle a invité les gouvernements à lui faire connaître leurs vues. À la soixante et unième session de la Sixième Commission, un État a appuyé l'idée de reprendre le sujet, mais deux États ont exprimé des doutes quant à son opportunité. La Commission a alors chargé un groupe de travail d'examiner s'il convient ou non d'inscrire le sujet des clauses NPF à son programme de travail à long terme.

2. Le présent document passe en revue la question des clauses NPF, ce qui a été décidé en 1978, pourquoi il n'y a pas eu de suite, ce qui a changé depuis 1978, et l'utilité éventuelle d'un examen de ce sujet par la Commission.

1. Nature, origines et évolution des clauses NPF

3. Une clause NPF est une disposition conventionnelle par laquelle un État accepte d'accorder à l'autre Partie contractante un traitement non moins favorable que celui qu'il concède à d'autres États ou à des États tiers. Il s'agit d'une forme précoce et particulière de clause de non-discrimination dont les origines remontent aux premiers traités d'amitié, de commerce et de navigation («Traités ACN»). Par exemple, aux termes d'un traité de 1654 entre la Grande-Bretagne et la Suède¹:

Les peuples, sujets et habitants des deux États disposeront, et jouiront dans leurs royaumes, pays, terres et dominions respectifs, de droits, relations, libertés et immunités aussi vastes et amples que ceux dont jouit et jouira tout autre étranger.

¹ Traité de paix et de commerce entre la Grande-Bretagne et la Suède, 11 avril 1654, BSP 1/691.

Une telle clause ne faisait que garantir un traitement aussi bon que celui dont bénéficierait tout autre étranger. Ce n'était pas une garantie de traitement national. Les nationaux pouvaient recevoir un traitement meilleur ou pire que les étrangers. Une clause NPF n'était donc pas une règle générale de non-discrimination.

4. Comme le montre l'accord Grande-Bretagne-Suède, le bénéfice du traitement NPF était accordé aux «peuples, sujets et habitants» des deux États, ce qui était caractéristique des traités ACN. Ceux-ci portaient principalement, quoique non exclusivement, sur les activités économiques. Les avantages accordés en vertu de ces accords étaient destinés à faciliter les activités économiques des sujets de chaque État sur le territoire de l'autre État. D'ailleurs, la raison d'être du traitement NPF était économique – le désir du bénéficiaire de ce traitement d'éviter que ses propres sujets soient économiquement désavantagés par rapport à ceux d'États tiers. Il ne s'agissait pas d'une quelconque notion d'égalité des États.

5. Le traitement NPF n'était cependant pas limité à la sphère économique. Des traités bilatéraux portant sur les relations diplomatiques et consulaires comportaient aussi des garanties NPF concernant d'une part, la possibilité de maintenir des locaux diplomatiques et consulaires et d'autre part, les privilèges accordés au personnel diplomatique et consulaire². Dès lors que les relations diplomatiques et consulaires ont été régies par des conventions multilatérales établissant des droits d'application générale, il est devenu inutile de conclure des accords bilatéraux visant à prévenir la discrimination par l'inclusion d'une clause NPF.

6. En dehors de la sphère économique, les clauses NPF établissaient un principe de non-discrimination adapté aux cas où les relations entre États étaient régies par des arrangements bilatéraux. Leur utilité était moindre lorsque les relations étaient gouvernées par des accords multilatéraux et que le principe pouvait être couvert par une disposition générale de non-discrimination. Les clauses NPF ont néanmoins conservé leur prééminence dans la sphère économique, où elles ont été incluses dans des accords multilatéraux. Cela montre nettement l'objectif économique qu'elles visaient dans ce domaine, qu'une disposition générale de non-discrimination ne permettait pas d'exprimer.

² Voir par exemple la Convention consulaire entre le Royaume d'Italie et la République turque du 9 septembre 1929, Recueil des traités de la Société des Nations, vol. 129, p. 195, citée dans le «Premier rapport sur la clause de la nation la plus favorisée, par M. Endre Ustor, Rapporteur spécial» (A/CN.4/213) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1969*, vol. II, par. 57 (A/CN.4/SER.A/1969/Add.1).

7. Au XIX^e et au début du XX^e siècles, dans le domaine économique, le traitement NPF était souvent accordé de manière conditionnelle. Au lieu d'accorder automatiquement un tel traitement, un État le conférait en contrepartie d'un avantage concédé par l'autre État. En d'autres termes, le traitement NPF avait un prix, et la clause était qualifiée de «conditionnelle». La pratique des clauses conditionnelles a décliné lorsque l'on a pris conscience des avantages économiques que retirait l'État concédant d'une clause NPF inconditionnelle, et les clauses conditionnelles ont peu d'importance aujourd'hui.

8. Les clauses inconditionnelles sont devenues la pierre angulaire du régime institué par l'Accord général sur les tarifs douaniers et le commerce (GATT). En vertu de l'article premier du GATT, le traitement NPF devait être accordé «immédiatement et sans condition» à la frontière aux produits en provenance du territoire d'autres Parties contractantes. Conjugué à l'exigence posée à l'article III du GATT d'accorder le «traitement national» à tous les produits importés sur le marché intérieur d'une Partie contractante, le principe NPF est devenu le pivot du principe de non-discrimination dans le cadre du GATT, puis de l'OMC. D'ailleurs, en vertu des accords de l'OMC, l'application de la clause a été étendue, au-delà des produits, au domaine des services et de la protection des droits de propriété intellectuelle. L'article II de l'Accord général sur le commerce des services (AGCS) prévoit une très large application du traitement de la nation la plus favorisée en ce qui concerne «toutes les mesures couvertes par le présent accord».

9. En dépit du caractère essentiel que confère l'article premier du GATT au traitement NPF, le GATT et l'OMC y apportent d'importantes exceptions. La principale concerne les arrangements régionaux – unions douanières et zones de libre-échange – qui accordent des préférences à leurs membres et n'offrent donc pas le traitement NPF à toutes les Parties contractantes du GATT. Conformément à l'article XXIV de celui-ci, ces avantages n'ont pas à être étendus aux autres Parties contractantes du GATT ou membres de l'OMC.

10. Le maintien du traitement NPF dans le cadre du régime de l'OMC, doté de sa propre procédure de règlement des différends, a offert l'occasion, dans ce contexte, d'une interprétation cohérente de l'obligation de traitement NPF. Cela étant, les clauses NPF ont connu un regain d'essor avec les accords commerciaux régionaux et la multiplication des accords bilatéraux d'investissement, qui tous comportent couramment une clause NPF sous une forme ou une autre.

2. Les précédents travaux de la CDI sur la clause NPF

11. C'est à l'occasion de ses travaux sur le droit des traités que la CDI a été amenée à étudier les clauses NPF. Il avait été proposé de prévoir dans les projets d'articles sur le droit des traités que leur application serait exclue dans le cas de clauses NPF. La Commission n'a pas retenu cette proposition mais a décidé d'examiner les clauses NPF en tant que sujet distinct³. Le Rapporteur spécial, M. Endre Ustor, et son successeur, M. Nikolai Ushakov, ont procédé à une analyse approfondie des clauses NPF telles qu'elles existaient jusqu'au milieu des années 70. Leurs rapports s'appuyaient sur une considérable pratique étatique concernant la conclusion de traités incluant des clauses NPF dans divers domaines, sur les décisions de la Cour internationale de Justice relatives à de telles clauses (Affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*⁴, *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc*⁵, affaire *Ambatielos*⁶), sur l'*arbitrage Ambatielos*⁷ et sur un corpus considérable de décisions de juridictions nationales.

12. La Commission avait décidé d'étudier les clauses et le traitement NPF «en tant qu'institution juridique»⁸ et pas simplement comme une question relevant du droit des traités, et d'envisager l'application de la clause de manière générale sans la restreindre au domaine du commerce international. L'idée était de ne pas essayer de résoudre des questions «économiques de nature technique»⁹.

13. Les 30 projets d'articles établis par la Commission couvraient des questions comme la définition des clauses et du traitement NPF (projets d'articles 4 et 5), le champ d'application, le fait que le traitement NPF repose sur une base conventionnelle plutôt que sur le droit international coutumier (projet d'article 7), l'étendue de ce traitement (projets d'articles 8, 9 et 10), l'effet d'une clause conditionnelle et d'une clause inconditionnelle (projets d'articles 11, 12 et 13), la source du traitement à concéder en vertu d'une

³ «Rapport de la Commission à l'Assemblée générale sur les travaux de sa trentième session» (A/33/10) dans *Annuaire de la Commission du droit international 1978*, vol. II, deuxième partie, par. 15 (A/CN.4/SER.A/1978/Add.1 (deuxième partie)).

⁴ *Anglo-Iranian Oil Co. (Royaume-Uni c. Iran)*, C.I.J. Recueil 1952, p. 93.

⁵ *Affaire relative aux droits des ressortissants des États-Unis d'Amérique au Maroc (France c. États-Unis d'Amérique)*, C.I.J. Recueil 1952, p. 176.

⁶ *Affaire Ambatielos (Grèce c. Royaume-Uni)*, C.I.J. Recueil 1952, p. 28.

⁷ *Arbitrage Ambatielos (Royaume-Uni-Grèce)*, 1956, Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII, p. 83.

⁸ *Annuaire ...*, *supra*, note 3, par. 61.

⁹ *Ibid.*, par. 62.

clause NPF (projets d'articles 14 à 19), le moment où prennent naissance les droits découlant d'une clause NPF (projet d'article 20), l'extinction ou la suspension de droits découlant d'une telle clause (projet d'article 21), et les relations entre la clause NPF et le traitement conféré dans le cadre d'un système généralisé de préférences (projets d'articles 23 et 24), ainsi que les cas particuliers du trafic frontalier et des droits de transit des États sans littoral.

3. La réaction de la Sixième Commission au projet d'articles

14. Le projet d'articles sur la clause de la nation la plus favorisée n'a jamais été suivi d'aucune mesure de l'Assemblée générale. Le débat à la Sixième Commission¹⁰ a fait ressortir plusieurs sujets d'inquiétude à propos du projet d'articles, dont deux prédominants. Tout d'abord, on s'est inquiété du fait que le projet d'articles n'excluait pas les unions douanières et les zones de libre-échange. C'était là un problème particulier pour les membres de la CEE qui ne voulaient pas que les avantages consentis dans le cadre du Traité de Rome soient étendus par le biais de clauses NPF à des États non membres, et qui auraient préféré exclure du projet d'articles les unions douanières et zones de libre-échange. Des pays en développement qui concluaient des accords régionaux de libre-échange ont exprimé des préoccupations analogues.

15. Ensuite, on s'est inquiété du traitement, dans le projet d'articles, de la question du développement, notamment des systèmes généralisés de préférences. Pour certains, le projet d'articles ne traitait pas correctement la question des préférences en faveur des pays en développement, pour d'autres, ce projet s'égaraient dans le débat sur le nouvel ordre économique international. Ces inquiétudes, et d'autres, ont fait qu'il n'y a eu aucun appui à l'Assemblée générale pour transformer le projet d'articles en convention. Pour certains États, les projets d'articles ne devaient être que des principes directeurs.

4. Évolution depuis 1978

16. Les circonstances qui existaient lorsque la Commission a traité de la clause NPF dans ses rapports et dans le projet d'articles final de 1978 ont sensiblement évolué.

¹⁰ Sixième Commission, trente-troisième session, A/C.6/33/SR.27 à 45 (1978). Le sujet a été évoqué à la Sixième Commission de 1980 à 1983, en 1988 et 1989, puis à nouveau en 1991.

Premièrement, plusieurs des arrangements bilatéraux sur lesquels les rapporteurs spéciaux s'appuyaient pour établir la pratique des États quant aux clauses NPF ont été remplacés par des arrangements multilatéraux, si bien que ces clauses sont aujourd'hui plus circonscrites au domaine économique.

Deuxièmement, le GATT, qui était la principale source pour l'examen des clauses NPF, est désormais intégré à l'OMC, ce qui a eu pour conséquence d'élargir le champ d'application de ces clauses, au-delà des produits, au domaine des services et de la propriété intellectuelle. En outre, le système de règlement des différends de l'OMC, avec sa procédure d'appel, a permis de soumettre à une interprétation faisant autorité les clauses NPF figurant dans les accords de l'OMC.

Troisièmement, il y a eu un essor considérable de la conclusion d'accords de libre-échange à l'échelon bilatéral et régional et d'accords bilatéraux d'investissement qui comportent des clauses NPF.

Quatrièmement, le règlement des différends en vertu d'accords d'investissement par le recours aux procédures du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), ou du Règlement d'arbitrage de la CNUDCI a permis une interprétation des clauses NPF dans le contexte des investissements.

17. Toutes ces évolutions ont des incidences sur la manière d'envisager aujourd'hui les clauses NPF et sur la pertinence actuelle du projet d'articles établi par la Commission en 1978. Il y a aujourd'hui un nouveau corpus substantiel de pratique à prendre en considération pour évaluer comment les clauses NPF sont utilisées et comment elles jouent concrètement. Le lien entre l'obligation générale de traitement NPF énoncé à l'article premier du GATT et la faculté, pour les États, d'accorder un traitement préférentiel aux pays en développement a été expressément examiné par l'Organe d'appel de l'OMC¹¹.

18. La pratique des clauses NPF intervient aussi dans un contexte différent de celui qui existait lorsque la Commission les a étudiées pour la dernière fois. Le projet d'articles de 1978 s'appuyait fortement sur la Charte des droits et devoirs économiques des États pour envisager les relations entre la clause NPF et le traitement préférentiel conféré aux pays en

¹¹ Communautés européennes – Conditions d'octroi de préférences tarifaires aux pays en développement (2004) Doc. OMC WT/DS246/AB/R (Rapport de l'Organe d'appel).

développement. Aujourd'hui, le débat sur le traitement commercial préférentiel accordé à ces pays a lieu dans le cadre de l'OMC dont la composition a un caractère de plus en plus universel, et en particulier dans le contexte des négociations commerciales multilatérales du Cycle du développement de Doha.

19. Dans le domaine des accords d'investissement, la nature et la portée des clauses NPF ont pris une importance particulière. La portée accordée à certaines de ces clauses et les différences d'approche des divers tribunaux saisis en matière d'investissement ont créé ce qui est peut-être le problème le plus important concernant ces clauses. Il y a là aussi un corpus de jurisprudence dont ne disposait pas la Commission à l'époque de ses précédents travaux.

20. Dans un environnement mondial de libéralisation et de plus grande intégration économiques, la clause NPF reste un facteur critique dans les relations économiques internationales. L'intérêt persistant qu'elle présente pourrait être analysé en deux phases. Au cours de la première, la multiplication des accords bilatéraux de promotion et de protection des investissements (APPI) dans les années 90 a mis en évidence l'importance continue de la clause NPF qui, parallèlement à d'autres dispositions, garantissait des normes internationales minimales de traitement aux investisseurs étrangers et à leurs investissements. Dans la seconde phase, l'apparition d'accords de libre-échange et d'accords globaux de partenariat économique visant à la libéralisation du commerce des biens et des services et au traitement intégré de l'investissement, avec des interrelations étroites entre les secteurs des services et de l'investissement, a fait surgir de nouvelles questions quant à l'application de la clause NPF.

21. La concession d'un traitement NPF aux investissements, même «avant établissement», est une caractéristique des accords de libre-échange que l'on ne trouvait généralement pas auparavant dans les accords de promotion et de protection des investissements où le traitement NPF était limité «après établissement». La conclusion de ces accords de libre-échange et d'accords globaux de partenariat économique, comportant d'importants chapitres sur l'investissement étranger, marque une nouvelle phase quant à l'importance de la clause NPF dans les relations économiques contemporaines entre États. Le rôle de la clause NPF dans l'optique de ces nouveaux accords d'intégration économique mérite un examen approfondi sur le plan juridique.

5. Les problèmes que pose aujourd'hui la clause NPF

22. Une étude exhaustive de la pratique concernant l'inclusion de clauses NPF dans des traités permettrait certainement de mieux saisir la manière dont la clause opère et est appliquée par les États et pourrait donner de nouvelles indications à leur propos. Néanmoins, des problèmes spécifiques ont surgi en ce qui concerne l'application des clauses NPF dans le domaine des investissements qui pourraient avoir des incidences sur l'application de ces clauses dans d'autres contextes.

23. La question s'est posée dans l'affaire *Maffezini c. le Royaume d'Espagne*¹². Le demandeur, Maffezini, ressortissant argentin, avait présenté une demande fondée sur l'accord bilatéral d'investissement entre l'Argentine et l'Espagne. L'Espagne soutenait que conformément à l'article X, paragraphe 3 de cet accord, Maffezini était tenu de soumettre l'affaire aux juridictions internes espagnoles pendant une période de dix-huit mois avant de présenter une demande fondée sur les dispositions de l'accord. Le demandeur invoquait néanmoins la clause NPF figurant dans l'accord d'investissement Argentine-Espagne (art. 4) qui était ainsi libellée:

Pour toutes les questions visées par le présent accord, ce traitement ne sera pas moins favorable que celui accordé par chaque Partie aux investissements faits sur son territoire par les investisseurs d'un pays tiers.

Le demandeur a pu démontrer qu'en vertu de l'accord bilatéral d'investissement Espagne-Chili, les investisseurs présentant une demande en vertu de cet accord n'étaient pas tenus de saisir d'abord les juridictions internes espagnoles. Dès lors, par comparaison, l'investisseur argentin était traité d'une manière moins favorable que les investisseurs chiliens en Espagne. Le demandeur faisait donc valoir qu'en vertu de la clause NPF figurant dans l'accord Argentine-Espagne, il avait le droit de bénéficier du traitement plus favorable accordé aux investisseurs chiliens en vertu de l'accord bilatéral d'investissement Espagne-Chili. En conséquence, affirmait-il, le fait de ne pas avoir saisi d'abord les juridictions espagnoles ne faisait pas obstacle à la présentation de sa demande sur la base de l'accord d'investissement Argentine-Espagne.

¹² *Maffezini c. le Royaume d'Espagne*, 25 janvier 2000, CIRDI, affaire n° ARB/97/7.

24. Le tribunal a rejeté l'argumentation de l'Espagne selon laquelle la clause NPF du traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne ne s'appliquait qu'aux dispositions de fond et non aux questions procédurales, en soulignant que ladite clause s'appliquait très expressément à «toutes les questions visées par le présent accord». Après avoir examiné les précédents de la jurisprudence internationale et la pratique conventionnelle espagnole, le tribunal a conclu que le demandeur pouvait invoquer la clause NPF du traité bilatéral d'investissement Argentine-Espagne pour revendiquer le traitement plus favorable prévu dans l'accord d'investissement Espagne-Chili et, partant, être exonéré de l'obligation de soumettre sa demande aux juridictions internes espagnoles.

25. Par la suite, les tribunaux du CIRDI ont tantôt suivi¹³, tantôt écarté¹⁴ la jurisprudence *Maffezini*, sans toutefois faire ressortir clairement aucune interprétation uniforme des clauses NPF. La décision *Maffezini* ouvre la possibilité de conférer aux clauses NPF une portée extrêmement vaste. Une telle clause pourrait primer le traité, ce qui autoriserait tout simplement les États bénéficiaires à faire leur choix parmi les avantages accordés aux États tiers par l'autre Partie contractante et à rechercher systématiquement le traité le plus favorable («treaty shopping»). Les membres du tribunal dans l'affaire *Maffezini* ont perçu les problèmes que pourrait entraîner leur décision et ont tenté d'en limiter la portée par un certain nombre d'exceptions. Mais le principe sur lequel elles reposent ne ressort pas clairement de la décision, laquelle n'indique pas clairement non plus si ces exceptions ont un caractère exclusif.

26. Le problème découlant de la décision *Maffezini* pour les États est de savoir s'ils peuvent déterminer par avance avec quelque certitude quelle obligation ils assument effectivement lorsqu'ils incluent une clause NPF dans un accord d'investissement. Les droits qu'ils accordent sont-ils très larges ou plus spécifiques? Le projet d'articles de 1978 fournit peu d'indications sur la question. Aux termes du projet d'article 9, en vertu d'une clause de la nation la plus favorisée, l'État bénéficiaire acquiert «uniquement les droits qui rentrent dans les limites de la matière objet de la clause». Mais déterminer la matière objet de la clause est précisément la question à laquelle le tribunal de l'affaire *Maffezini* et d'autres tribunaux ont été confrontés.

¹³ *Siemens A. G. c. la République argentine*, 3 août 2004, CIRDI, affaire n° ARB/02/8.

¹⁴ Voir par exemple *Salini Costruttori S.p.A. et Italstrade S.p.A. c. le Royaume hachémite de Jordanie*, 9 novembre 2004, CIRDI, affaire n° ARB/02/13.

27. La question de la portée d'une clause NPF comporte d'autres aspects, en particulier celui de ses liens avec d'autres dispositions des accords d'investissement, comme celles relatives au traitement national et à un «traitement juste et équitable». Certains tribunaux saisis en matière d'investissement ont estimé qu'une clause NPF justifie que l'on se reporte à d'autres accords d'investissement pour établir ce qu'est un «traitement juste et équitable»¹⁵ ce qui, là aussi, a contribué à l'incertitude quant au champ d'application d'une clause NPF.

28. À la suite de l'affaire *Maffezini*, les États se sont efforcés, lorsqu'ils formulent des clauses NPF, d'en limiter les conséquences. La distinction entre dispositions de fond et dispositions de procédure, l'exclusion du règlement des différends des clauses NPF, et la limitation de celles-ci à des avantages spécifiés ont fait leur apparition dans divers accords. Mais les États ne peuvent être certains de la manière dont ces nouvelles clauses seront effectivement interprétées.

29. À un certain niveau, le problème se limite à l'interprétation du traité. Les clauses NPF sont libellées différemment selon les accords. Certaines ont un vaste champ d'application et d'autres sont plus étroites. Certaines limitent le traitement NPF aux «circonstances similaires». Il incombe donc à l'interprète de définir la portée précise de la clause considérée. Selon cette approche, le problème peut être résolu par l'interprétation. Mais, à un autre niveau, la question est plus fondamentale, car l'interprétation du traité n'intervient pas dans le vide. La manière dont l'interprète abordera une clause NPF dépendra en partie de la conception qu'il a de la nature de telles clauses.

30. S'il envisage les clauses NPF comme ayant pour objectif de favoriser la non-discrimination et l'harmonisation, l'interprète d'un traité peut alors considérer que l'objet même de la clause est d'autoriser, et à vrai dire, d'encourager la recherche systématique du traité le plus favorable. Si l'interprète considère qu'une clause NPF a pour objectif économique de permettre une concurrence fondée sur l'égalité des chances, il sera peut-être plus enclin à favoriser une distinction fond/procédure dans l'interprétation d'une clause NPF. À cet égard, l'expérience de l'interprétation de la clause NPF dans le contexte de l'OMC et dans d'autres domaines peut fournir des orientations pour l'interprétation de ces clauses dans le cadre d'accords d'investissement.

¹⁵ *MTD Equity Sdn. Bhd. & MTD Chile S.A. c. le Chili*, 25 mai 2004, CIRDI, affaire n° ARB/01/7; *Pope & Talbot Inc. c. Canada*, sentence du tribunal de l'ALENA, 10 avril 2001, I.L.R. vol. 122, 2002, p. 352.

6. Que pourrait faire utilement la CDI?

31. Il est certain que les circonstances ont sensiblement changé depuis le projet d'articles de 1978 sur les clauses de la nation la plus favorisée. Il existe aujourd'hui un ensemble de pratique et de jurisprudence qui n'était pas disponible à l'époque. Un problème est par ailleurs apparu avec l'application de clauses NPF dans les accords d'investissement, de telle sorte que les États ressentent le besoin d'une clarification et, peut-être, d'un développement progressif du droit dans ce domaine.

32. L'argument tiré de la persistance des problèmes fondamentaux qui ont conduit l'Assemblée générale à renoncer à l'élaboration d'une convention à partir du projet d'articles de 1978 ne serait décisif que si la Commission entreprenait de mettre à jour et de réviser le projet de 1978. Il existe des instances pour traiter les questions qui ont suscité l'inquiétude à propos de ce projet d'articles. S'agissant du problème des systèmes généralisés de préférences et de la question plus vaste du développement, ils sont traités dans le contexte de l'OMC et du Cycle du développement de Doha. Pour ce qui est des unions douanières et des zones de libre-échange, elles aussi sont traitées dans le cadre des accords de l'OMC. Rien ne justifie que la Commission envisage d'entreprendre un exercice de codification ou de développement progressif à l'égard d'un régime qui s'élabore dans le cadre de l'article XXIV du GATT et des décisions des groupes spéciaux et de l'Organe d'appel de l'OMC.

33. La question qui se pose aujourd'hui, s'agissant des clauses NPF, est différente des aspects du projet d'articles de 1978 qui avaient suscité l'inquiétude. Apparue spécifiquement dans le contexte des accords d'investissement, elle peut toutefois être d'application plus vaste. Ce qu'il faut concrètement se demander, étant donné la nature du problème existant, c'est si la CDI, en tant qu'organe des Nations Unies chargé du développement progressif du droit international et de sa codification, peut utilement intervenir.

34. Il ne s'agit pas de dire que la question, étroite et technique, ressortirait à la compétence de quelque autre organe, car ce n'est pas le cas. Les questions fondamentales à propos des clauses NPF relèvent du droit international public. Le point essentiel tient à leur interprétation, et si cela peut apparaître étroit, c'est en réalité une vaste question qui met en jeu tant l'interprétation des traités que la nature et l'étendue des obligations assumées par les États dans le cadre d'une clause NPF. Il s'agit de comprendre le rôle et la

fonction des clauses NPF et leurs liens avec le principe de non-discrimination en droit international.

35. D'autres organes se sont aussi intéressés à ce sujet. L'OCDE a élaboré une étude sur les clauses NPF¹⁶, tout comme la CNUCED¹⁷. De même, le sujet fait l'objet d'études dans les ouvrages universitaires. Cela ne signifie pas que tout le terrain soit déjà occupé.

36. Le point de vue contraire, adopté par certains gouvernements, est que les clauses NPF sont diverses et ne se prêtent pas aisément à une catégorisation générale. Les États peuvent formuler des clauses adaptées à leurs besoins et il n'est donc pas nécessaire d'envisager le sujet de manière générale. Les problèmes qui sont apparus pouvant être traités au cas par cas, il suffit de laisser la jurisprudence relative à l'interprétation des clauses NPF poursuivre son développement. Cette analyse écarterait tout rôle de la Commission sur ce sujet.

37. Les partisans d'une contribution de la Commission dans ce domaine considèrent que celle-ci pourrait utilement prendre la forme d'un avis juridique autorisé sur l'interprétation des clauses NPF. Cela supposerait une analyse exhaustive de l'évolution de la nature, de la portée et de la raison d'être fondamentale des clauses NPF, de la jurisprudence relative à ces clauses dans les différents domaines où elles s'appliquent aujourd'hui, de la diversité des clauses et de leur utilisation dans la pratique contemporaine, et de la manière dont les clauses NPF ont été interprétées, ou devraient l'être.

38. Le résultat des travaux de la Commission pourrait prendre la forme d'un projet d'articles ou d'un projet de directives se rapportant à l'interprétation des clauses NPF, ou il pourrait s'agir d'une série de clauses types ou de catégories de clauses avec des commentaires relatifs à leur interprétation. Le but serait, quelle que soit la forme retenue, de donner des orientations aux États pour la négociation d'accords comportant des clauses NPF, ainsi qu'aux arbitres chargés d'interpréter des accords d'investissement.

¹⁶ OCDE, Direction des affaires financières et des entreprises, *Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements*, documents de travail sur l'investissement international, document de travail n° 2004/2 (2004), en ligne: <http://www.oecd.org/dataoecd/21/37/33773085.pdf>.

¹⁷ Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), «Most-Favoured-Nation Treatment» (1999), Collection consacrée aux accords internationaux d'investissement, UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III).

39. L'interprétation des clauses NPF est un sujet qui reflète les besoins des États et sur lequel la pratique est suffisamment avancée pour permettre un certain développement progressif et, éventuellement, une codification dans ce domaine. La portée du sujet est définie et son examen pourrait être achevé dans le courant du présent quinquennat.

Bibliographie sélective

- Conférence des Nations Unies sur le commerce et le développement (CNUCED), «Most-Favoured-Nation Treatment» (1999), Collection consacrée aux accords internationaux d'investissement, Doc. UNCTAD/ITE/IIT/10 (vol. III).
- Dolzer, Rudolf and Myers, Terry, «After Tecmed: Most-Favored-Nation Clauses in Investment Protection Agreements» 19 ICSID Rev. – FILJ 49 (2004).
- Ehring, Lothar. «*De Facto* Discrimination in World Trade Law» (2002) 36(5) Journal of World Trade 921 (Kluwer Law International).
- Freyer, Dana H. and Herlihy, David, «Most-Favored Nation Treatment and Dispute Settlement in Investment Arbitration: Just How “Favored” is “Most-Favored”?» 20 ICSID Review – FIJL 58 (2005).
- Organisation de coopération et de développement économiques (OCDE) «Le traitement de la nation la plus favorisée dans le droit international des investissements» (2004), documents de travail sur l'investissement international, n° 2004/2.
- Yanai, Akiko. «The Function of the MFN clause in the Global Trading System» (2002) Working Paper Series 01/02 – No. 3, APEC Study Center Institute of Developing Economies, online: http://www.heisummer.ch/pdf/introduction/003_yanai_mfn_clause.pdf.
