Document:-

A/CN.4/334 and Add.1 & Corr.1 and Add.2

Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Robert Q. Quentin-Baxter, Rapporteur spécial

sujet:

Responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d' activités qui ne sont pas interdites par le droit international

Extrait de l'Annuaire de la Commission du droit international:-

1980 ,vol. II(1

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

Copyright © Nations Unies

RESPONSABILITÉ INTERNATIONALE POUR LES CONSÉQUENCES PRÉJUDICIABLES DÉCOULANT D'ACTIVITÉS QUI NE SONT PAS INTERDITES PAR LE DROIT INTERNATIONAL

[Point 7 de l'ordre du jour]

DOCUMENT A/CN.4/334 et Add.1 et 2 *

Rapport préliminaire sur la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, par M. Robert Q. Quentin-Baxter, rapporteur spécial

[*Original : anglais*]
[*24 et 27 juin et 4 juillet 1980*]

TABLE DES MATIÈRES

		Paragraphes	Pages
Liste des abréviations			243
I.	CONSIDÉRATIONS GÉNÉRALES	1-18	244
	A. Introduction	1-9	244
	B. Termes employés (ou non employés)	10-18	246
II.	COMPARAISON AVEC LA RESPONSABILITÉ POUR FAITS ILLICITES	19-31	249
	A. Règles primaires et règles secondaires	19-25	249
	B. Exclusion de l'illicéité	26-31	250
III.	LIMITES À LA SOUVERAINETÉ	32-50	252
	A. *Sic utere tuo...* : le critère du « préjudice »	32-38	252
	B. Intérêts légitimes et facteurs multiples	39-50	254
IV.	NATURE ET PORTÉE DU SUJET	51-65	258
	A. Nature du sujet	51-61	258
	B. Portée du sujet	62-65	261

LISTE DES ABRÉVIATIONS

CDI	Commission du droit international
CEE	Commission économique pour l'Europe
CIJ	Cour internationale de Justice
C.I.J. Recueil	CIJ, *Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances*
CPJI	Cour permanente de justice internationale
C.P.J.I., série A	CPJI, *Recueil des arrêts*
ILA	International Law Association
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques
PNUE	Programme des Nations Unies pour l'environnement

* Incorporant le document A/CN.4/334/Add.1/Corr.1.

CHAPITRE PREMIER

Considérations générales

A. — Introduction

1. Selon l'habitude, le présent rapport préliminaire ne vise pas à fournir un répertoire ou une analyse critique de la pratique des Etats et de la doctrine dans des domaines qui demanderaient sans doute une étude minutieuse, mais à recenser ces domaines, ainsi que les relations qui peuvent exister entre eux, à ébaucher une première esquisse du sujet, et à attribuer à celui-ci une place provisoire dans le plan général des travaux de la Commission du droit international. De même, les rares allusions qui seront faites à telle ou telle opinion autorisée n'impliquent en soi aucun jugement sur le point de savoir où réside l'autorité en la matière : elles ont seulement pour but de donner du relief ou de fournir un contrepoint aux propositions développées dans le texte. Un rapport préliminaire est un outil qui permet au Rapporteur spécial de partager avec ses collègues la première perception, encore imparfaite, qu'il a de sa tâche, afin que leurs observations puissent venir immédiatement contribuer à une œuvre qui doit être collective.

2. Le Rapporteur spécial n'a pas le désir de préciser ou de compléter le bref exposé du sujet qui figure dans le rapport du Groupe de travail créé par la CDI à sa trentième session, rapport dont l'essentiel est reproduit dans le rapport de la Commission sur cette session [1]. D'ailleurs, le lecteur qui aurait du mal à s'orienter dans le rapport touffu qui va lui être présenté ici pourra juger utile de se reporter de temps à autre à l'analyse du Groupe de travail. L'auteur du présent rapport à l'intention de passer directement, après une introduction aussi brève que possible, à l'exposé des difficultés qui caractérisent le sujet choisi aux fins de développement progressif et de codification et qui pourraient conduire à s'interroger sur l'opportunité ou la possibilité de son étude.

3. Il convient d'abord de rappeler que ce sujet se trouve inscrit au programme actif de la Commission à la suite d'un concours de circonstances. Premièrement, M. Ago, le Rapporteur spécial chargé de la question de la responsabilité des Etats (première partie), en délimitant son propre sujet, avait souligné qu'il se bornerait à traiter des conséquences des faits internationalement illicites, sans préjuger en rien de l'établissement ou du contenu d'un régime distinct qui aurait trait à la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables d'activités non interdites par le droit international [2]. La Commission s'était rangée à ce point de vue [3]. Deuxièmement, l'Assemblée générale des Nations Unies, à l'invitation de la Sixième Commission, a dûment pris acte de cette distinction, et a continué à demander avec insistance que la CDI entreprenne l'étude du sujet traité dans le présent rapport dès que son programme le lui permettrait [4]. L'Assemblée générale a donc en quelque sorte rendu un verdict provisoire confirmant que le sujet se prête à l'étude et mérite de recevoir la priorité.

4. Le titre actuel du sujet résulte de la distinction générique entre deux catégories d'obligations : celles qui découlent de l'accomplissement de faits illicites et celles qui découlent d'activités que le droit international n'interdit pas, mais le contexte concret dans lequel s'inscrit son examen est toujours celui des risques — amplifiés par les besoins et les moyens techniques et industriels modernes — que l'activité humaine crée pour l'environnement. En 1973, année où la Commission a pour la première fois accordé momentanément son attention à cette question née de l'étude du fécond sujet de la responsabilité des Etats, la Conférence des Nations Unies sur l'environnement ne datait que d'un an; le PNUE était en voie d'édification; des régimes conventionnels de portée universelle réglant des activités non interdites par le droit international avaient été mis au point en matière d'objets spatiaux et d'utilisation de l'énergie atomique à des fins pacifiques; des questions relatives à la conservation des ressources naturelles dans les zones situées au-delà de la juridiction nationale étaient à l'étude dans plusieurs instances internationales, y compris les réunions qui ont abouti à la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer actuellement en cours; et divers problèmes régionaux, sous-régionaux et transnationaux faisaient l'objet d'une activité tout aussi intense.

5. Ce bouillonnement d'activité et le sentiment d'urgence qui en est la cause ne font que croître. Une manifestation récente particulièrement frappante de ce phénomène est la Réunion à haut niveau qui s'est tenue en novembre 1979, dans le cadre de la Commission économique pour l'Europe, avec la participation du Canada, des Etats-Unis d'Amérique, de l'Union soviétique et des Etats d'Europe occidentale et orientale, sur la protection de l'environnement [5]. Toutefois, une bonne partie de cette activité se signale par le fait que les questions de responsabilité y sont presque un sujet tabou. La très importante Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance comporte, dans sa seule note de bas de page, l'avertissement suivant : « La présente Convention ne contient pas de disposition concernant la responsabilité des Etats en matière de dommage [6]. »

Le document tout aussi important qu'est le Projet de principes de conduite dans le domaine de l'environnement

[1] *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 167 à 169, doc. A/33/10, chap. VIII, sect. C, annexe.

[2] *Annuaire... 1973*, vol. I, p. 14 et 15, 1204e séance, par. 1 à 5.

[3] *Ibid.*, vol. II, p. 171, doc. A/9010/Rev.1, par. 37 à 39.

[4] Pour un compte rendu plus détaillé, voir *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 167, doc. A/33/10, par. 173 à 175.

[5] Voir ECE/HLM.1/2 et Add.1.

[6] ECE/HLM.1/2, annexe I, p. 5.

pour l'orientation des Etats en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats [7], adopté en 1978 par le Groupe de travail intergouvernemental d'experts du PNUE sur les ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, s'ouvre par un avertissement comparable [8]. Lorsque l'Assemblée générale des Nations Unies a pris note de ce projet de principes, elle n'en a pas moins jugé bon de mettre l'accent sur la valeur pratique qu'il pouvait présenter, en s'abstenant d'exprimer aucune opinion sur ses incidences juridiques [9].

6. La CDI trouvera peut-être, dans le rappel de ces faits, des indications générales concernant le chemin qu'elle doit s'efforcer de suivre et les défis inéluctables qui l'attendent dans son entreprise [10]. Dans une situation tout à fait nouvelle et complexe, il est toujours difficile aux juristes et aux autres spécialistes d'arriver à une entente parfaite sur les principes à appliquer. Le domaine de l'environnement, qui retient aujourd'hui de plus en plus l'attention des internationalistes, des économistes et d'autres spécialistes des sciences sociales et politiques, exige une approche pluridisciplinaire, comme l'a bien montré le long et productif labeur de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer. Les spécialistes du droit de l'environnement ont, que ce soit à l'occasion de négociations ou dans leurs travaux théoriques, témoigné d'une détermination remarquable à faire œuvre concrète, préférant souvent, au lieu de se borner à étudier la pratique attestée — mais peu abondante et incertaine — des Etats, appliquer leur art de l'analyse à un examen des besoins et des aspirations de la communauté mondiale contemporaine, envisagés à la lumière des principes du droit [11].

7. Il est plus facile de concilier les considérations d'ordre juridique et d'autres principes lorsque, comme dans le cas de la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance, la négociation a pour but principal de convenir d'une voie d'action commune; c'est plus difficile lorsque, comme dans le cas du projet de principes du PNUE, le but recherché est surtout de régler d'avance les conflits d'intérêts qui pourraient surgir entre les parties. En pareil cas, même en l'absence de facteur polarisant lié par exemple à une relation amont-aval, deux considérations principales peuvent venir saper la volonté des gouvernements d'arriver à un accord. Premièrement, ceux-ci peuvent se dire que, si des principes directeurs sont nécessaires pour prévenir les préjudices qui se produisent inévitablement quand des Etats souverains agissent sans tenir compte des intérêts les uns des autres, le fait d'être lié par des règles qui ne tiennent pas compte de la particularité et de la diversité des situations susceptibles de se présenter risque d'être encore plus préjudiciable. Deuxièmement, tout projet qui paraît destiné à régler les conséquences d'une catastrophe écologique au lieu de la prévenir se heurte sans doute à des obstacles psychologiques considérables.

8. Pour ce qui est du premier de ces motifs de découragement, il s'agit d'arriver à un équilibre. Il est normal que les gouvernements recherchent de façon empirique des solutions qui concilient au mieux leurs intérêts particu-

---

[7] UNEP/GC.6/17.

[8] La note explicative qui précède le projet de principes renferme le passage suivant :

« On s'est efforcé d'éviter d'utiliser un libellé qui puisse donner l'impression de vouloir exprimer, selon le cas, soit une obligation juridique particulière en vertu du droit international, soit l'absence d'une telle obligation.

« Le libellé utilisé dans l'ensemble du texte ne cherche pas à préjuger de la question de savoir si la conduite envisagée dans les principes est déjà prescrite par les dispositions existantes du droit international général, ou dans quelle mesure il en est ainsi. Cette formulation n'a pas non plus l'intention d'exprimer une opinion quant à la question de savoir si ces principes — pour autant qu'ils ne reflètent pas les dispositions existantes du droit international général — doivent être incorporés à ce droit, ou dans quelle mesure et de quelle manière ils doivent l'être. »

[9] Résolution 34/186 de l'Assemblée générale, en date du 18 décembre 1979. Les paragraphes 2 et 3 de cette résolution sont ainsi conçus :

[« *L'Assemblée générale*]

« 2. *Prend note* du projet de principes en tant que directives et recommandations en matière de conservation et d'utilisation harmonieuse des ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, sans préjudice du caractère obligatoire des normes déjà reconnues comme telles en droit international;

« 3. *Prie* tous les Etats d'utiliser ces principes comme des directives et recommandations lors de la formulation de conventions bilaterales ou multilatérales concernant les ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, de bonne foi et dans un esprit de bon voisinage et de manière à favoriser et non à contrarier le développement et les intérêts de tous les pays, en particulier des pays en développement. »

[10] Un tel défi semble émaner des remarques ci-après de Jiménez de Aréchaga :

« La Commission du droit international a agi sagement en décidant de ne pas codifier simultanément le sujet de la responsabilité des Etats pour faits illicites et les règles relatives à la responsabilité pour risques découlant d'activités licites, au motif que l'examen conjoint de ces deux sujets « ne pourrait que rendre plus difficile la compréhension de l'un et de l'autre ».

« Plusieurs membres ont demandé instamment à la Commission d'entreprendre le plus tôt possible la codification de la question de la responsabilité des Etats pour risque découlant d'un comportement licite mais dangereux.

« La difficulté d'une telle codification vient de ce que cette responsabilité résulte uniquement du droit conventionnel, n'a aucun fondement en droit coutumier ou dans les principes généraux du droit et — puisqu'il s'agit d'exceptions plutôt que de règles générales — ne peut s'étendre aux domaines qui ne sont pas régis par des instruments spéciaux. » (E. Jiménez de Aréchaga, « International law in the past third of a century », *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye, 1978-I*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff, 1979, t. 159, p. 273.) [Tr. du Secrétariat.]

Mais l'avis ainsi émis par M. Jiménez de Aréchaga repose sur une conception du sujet plus étroite que celle qui découle de son intitulé actuel ou de la présentation qu'en a faite le Groupe de travail.

[11] Cette tendance a été décrite avec autorité par Myres S. McDougal :

« Aujourd'hui, la théorie (« science » ou « philosophie ») du droit se caractérise de plus en plus par une orientation explicitement sociologique ou pratique. Selon cette conception, le droit n'est pas un ensemble figé de règles ou de dispositions préexistantes qui viennent freiner toute action constructive visant à résoudre les problèmes qui se posent en matière d'environnement et dans d'autres domaines : c'est une démarche dynamique et continue, faite de décisions autorisées par lesquelles les membres d'une collectivité définissent leurs intérêts communs et agissent en conséquence. » (« Legal bases for securing the integrity of the earth-space environment », dans : *Environment and Society in Transition*, textes réunis par P. Albertson et M. Barnett, Annals of the New York Academy of Sciences, vol. 184, 7 juin 1971, p. 377.) [Tr. du Secrétariat.]

liers et leurs intérêts communs. Des principes directeurs, même dépourvus de caractère formel, s'ils ne sont pas totalement méconnus, témoignent d'une pratique concordante des Etats et, dans cette mesure, ne peuvent être considérés comme dénués de toute valeur juridique, malgré tous les avertissements en ce sens. Il arrive donc un moment (et, après les déclarations faites dans des instances telles que la récente Réunion à haut niveau de la CEE, on ne saurait douter que les gouvernements prennent désormais très au sérieux les risques que l'homme fait peser sur l'environnement) où les éléments tacites aussi bien qu'explicites de la pratique des Etats doivent se cristalliser en de nouvelles règles juridiques, qui prennent en considération les besoins de l'époque actuelle tout en respectant les principes de droit préexistants. La Commission devra avant tout, dans ses travaux sur le sujet, s'efforcer d'élaborer un projet d'articles qui réponde à ces critères et facilite ce processus.

9. La question demeure de savoir si les juristes qui ont à traiter du problème de la responsabilité doivent s'abstraire du courant général de l'activité internationale pour fixer les responsabilités en cas de défaillance humaine. A notre avis, rien ne saurait être plus préjudiciable que cette conception erronée de l'orientation à donner au présent sujet. Le thème de la responsabilité pour faits non interdits a pris de l'importance justement à cause de la nécessité de concilier, par un nouvel effort d'imagination, la plus grande liberté d'action possible et le respect des droits d'autrui, et de la crainte justifiée qu'un usage indiscipliné de la puissance industrielle et technique n'entraîne la perte de l'humanité. Le but essentiel d'un projet d'articles doit donc être de favoriser l'établissement de régimes juridiques qui, sans recourir à l'interdiction, règlent l'exercice de toute activité perçue comme comportant des dangers importants, actuels ou éventuels, et ayant des effets transnationaux. Le souci de faciliter, grâce au projet d'articles, la détermination des responsabilités dans les cas de dommages auxquels aucun régime particulier n'est applicable vient au second plan, tout en demeurant une considération importante.

B. — Termes employés (ou non employés)

10. Bien qu'on ne puisse mettre au point des définitions avant d'avoir achevé la rédaction d'un groupe d'articles, il convient de dire quelques mots de la terminologie employée dans le présent rapport. Dans la version anglaise du titre du sujet, le choix du terme *liability* résulte d'un échange de vues qui s'est déroulé à la vingt-cinquième session de la Commission, en 1973. M. Kearney a fait alors observer

> que le terme *responsibility* ne doit être employé qu'à propos de faits internationalement illicites et que, lorsqu'il s'agit d'éventuelles conséquences préjudiciables découlant de l'accomplissement de certaines activités licites, il faut utiliser le mot *liability*, qui est plus juste dans ce cas [12].

La Commission a adopté cette proposition sans débat [13]. M. Ago, rapporteur spécial chargé de la question de la responsabilité des Etats (première partie) a déclaré :

> la modification est pertinente en ce qui concerne le texte anglais. Le mot *liability* implique la nécessité de faire réparation et est donc en l'occurrence le terme exact. Il semble bien que la langue française ne dispose pour exprimer ces deux notions que du mot « responsabilité » [14].

11. D'ailleurs, la distinction faite par M. Kearney est attestée au moins depuis le milieu des années 60 par la pratique du Comité des utilisations pacifiques de l'espace extra-atmosphérique [15], et nous n'entendons pas proposer de la modifier. Néanmoins, si l'on emploie deux termes en anglais là où le français et d'autres langues de travail n'en utilisent qu'un seul, il faut que la Commission ait la certitude que cette variation de l'anglais est purement idiomatique (pouvant se comparer à l'emploi des deux termes *president* et *chairman*, auxquels correspond en français le seul terme « président ») et qu'elle ne recouvre aucune différence de fond. Il semble bien qu'il en soit ainsi. A la CDI [16] et ailleurs, les termes anglais *responsibility* et *liability* ont été utilisés de façon interchangeable à propos du régime des obligations découlant des conséquences préjudiciables de faits non interdits par le droit international. Le terme *responsibility* implique, tout autant que le terme *liability*, « la nécessité de faire réparation », et dans les écrits de droit international de langue anglaise le terme *liability* est le terme générique couramment employé pour parler des conséquences de toute obligation juridique.

12. Dans le présent rapport, par conséquent, le terme *liability* sera, autant que possible, utilisé sans nuance particulière et dans un sens très proche de son acception ordinaire, à savoir : ce qui est dû, une obligation (par opposition à un droit). Il ne désigne pas seulement les conséquences d'une obligation, mais l'obligation elle-même, laquelle — comme la notion de *responsibility* — englobe les conséquences qui en découlent [17]. Il faut

---

[12] *Annuaire... 1973*, vol. I, p. 231, 1243e séance, par. 37.

[13] *Ibid.*

[14] *Ibid.*, par. 38.

[15] Voir p. ex. le troisième alinéa du préambule de la résolution 2777 (XXVI) de l'Assemblée générale, du 29 novembre 1971 :

« *Rappelant* ses résolutions 1963 (XVIII), du 13 décembre 1963, 2130 (XX), du 21 décembre 1965, 2222 (XXI), du 19 décembre 1966, 2345 (XXII), du 19 décembre 1967, 2453 B (XXIII), du 20 décembre 1968, 2601 B (XXIV), du 16 décembre 1969, et 2733 B (XXV), du 16 décembre 1970, concernant l'élaboration d'un accord sur la responsabilité pour les dommages causés par le lancement d'objets dans l'espace extra-atmosphérique. »

[16] Voir p. ex. *Yearbook of the International Law Commission, 1973*, vol. II, p. 169, doc. A/9010/Rev.1, par. 38 et 39.

[17] Dans le « Texte de négociation composite officieux/Révision 2 » de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 et Corr.2 et 3), trois articles — 139, 235 et 263 — comportent dans leur intitulé anglais les termes *responsibility* et *liability*, lesquels figurent également dans le texte desdits articles. Il semble que cette terminologie ait été reprise du libellé des résolutions pertinentes de l'Assemblée générale — voir p. ex. le paragraphe 14 de la résolution 2749 (XXV) de l'Assemblée générale, du 17 décembre 1970 :

« Every State shall have the responsibility to ensure that activities in the area [...] shall be carried out in conformity with the international régime to be established. [...] Damage caused by such activities shall entail liability. »

[« Chaque Etat aura la responsabilité de veiller à ce que les activités menées dans la zone [...] le soient conformément au régime international à établir. [...] Tout dommage résultant de telles activités entraîne obligation de réparer. »]

L'usage qui est fait de ces termes paraît aussi résulter de la terminologie employée dans le principe 22 de la Déclaration de la

peut-être regretter que le terme *liability* ait parfois été considéré comme équivalent, en droit interne, au terme *responsibility* en droit international [18]. C'est certainement l'une des raisons pour lesquelles l'intitulé du sujet comprend l'expression *international liability* (responsabilité internationale) : dans le corps du présent rapport, on omettra l'adjectif « international », sauf s'il semble se justifier par une raison spéciale.

13. Le titre parle de responsabilité internationale « pour les conséquences préjudiciables... ». C'est bien entendu cette dernière expression qui distingue en substance les obligations dont il s'agit ici de celles qui découlent de faits illicites. Là encore, cette formule tire son origine du débat de 1973 de la Commission : elle exprime le fait que, alors que tout fait illicite emporte une obligation de réparer, un fait qui n'est pas interdit n'emporte pareille obligation que s'il cause un préjudice. Il existe encore une autre distinction, qui sera mieux étudiée dans une autre partie du rapport, à savoir qu'une activité non interdite n'entraîne une obligation que lorsque cela est prévu par une règle primaire de droit international [19].

14. Pour des raisons impérieuses, la Commission, à sa session de 1973, a renoncé à l'expression concise « faits licites » en faveur de la périphrase encombrante, mais plus précise, « activités qui ne sont pas interdites par le droit international ». A l'époque, plusieurs orateurs ont fait remarquer, d'une manière générale, qu'il est souvent difficile de tracer la frontière entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. Le progrès technique a débouché sur des activités qui confinent à l'illicéité et qui sont peut-être même en voie de devenir illicites, mais qui, à tout le moins, entraînent l'obligation de réparer tout préjudice qu'elles viendraient à causer [20]. Pour les raisons qui ont été exposées à l'époque, on a employé partout dans le présent rapport l'expression « activités non interdites » [ou « faits non interdits »] et, comme l'Etat lésé ne saurait avoir à prouver la licéité des faits dont il se plaint, cette expression doit s'entendre implicitement au sens plus large d'« activités interdites ou non ».

15. Il faut encore relever l'opposition entre les expressions « responsabilité pour faute » et « responsabilité sans faute » (ou « responsabilité pour risque »), qui sont souvent employées par commodité pour désigner respectivement le régime de la responsabilité pour faits illicites et celui de la responsabilité découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit internatio-

---

Conférence des Nations Unies sur l'environnement (*Rapport de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, Stockholm, 5-16 juin 1972* [publication des Nations Unies, numéro de vente : F.73.II.A.14], 1re partie, chap. Ier) et de la relation entre ce principe et le principe 21 :

« *Principle 21*

« States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction. »

« *Principle 22*

« States shall co-operate to develop further the international law regarding liability and compensation for the victims of pollution and other environmental damage caused by activities within the jurisdiction or control of such States to areas beyond their jurisdiction ».

[« *Principe 21*

« Conformément à la Charte des Nations Unies et aux principes du droit international, les Etats ont le droit souverain d'exploiter leurs propres ressources selon leur politique d'environnement et ils ont 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 Etats ou dans des régions ne relevant d'aucune juridiction nationale.

« *Principe 22*

« Les Etats doivent coopérer pour développer encore le droit international en ce qui concerne la responsabilité et l'indemnisation des victimes de la pollution et d'autres dommages écologiques que les activités menées dans les limites de la juridiction de ces Etats ou sous leur contrôle causent à des régions situées au-delà des limites de leur juridiction. »]

Dans la version française des articles 139, 235 et 263 du Texte de négociation composite officieux/Révision 2, le terme « responsabilité » correspond :

a) soit au terme anglais *responsibility* — p. ex. dans le titre des articles 235 et 263 et au paragraphe 1 de l'article 139;

b) soit au terme anglais *liability* — p. ex. dans le titre de l'article 139 et au paragraphe 3 de l'article 235, cependant qu'au paragraphe 1 de l'article 235 le terme français « responsables » correspond au terme anglais *liable*. (Cf. les paragraphes 2 et 3 de l'article 263, où le mot « responsables » correspond à *responsible and liable*. Voir aussi, par exemple, l'article 232, où l'on retrouve à peu près la même correspondance, tant dans le titre que dans le texte.)

En liaison avec les variations déjà notées, on en observe d'autres, qui sont destinées à compenser les premières et visent à réaliser un équilibre exact entre les originaux anglais et français — par exemple :

a) *Responsibility and liability* = responsabilités et obligations qui en découlent; *liability* = obligation de réparer.

b) *Responsibility and liability* = obligation de veiller au respect de la convention et responsabilité en cas de dommages; *States are responsible...* = il incombe aux Etats de veiller...; *international law relating to responsibility and liability* = droit international relatif aux obligations et à la responsabilité concernant l'évaluation et l'indemnisation des dommages.

On trouve encore d'autres variantes : voir, par exemple, les versions anglaise et française du titre et du texte de l'article 22 de l'annexe III.

D'une manière générale, les textes auxquels on peut se référer semblent en accord avec le postulat dont est partie la CDI, à savoir que les termes anglais *responsibility* et *liability* désignent simplement deux aspects d'un même concept, exprimés en français par le terme « responsabilité ».

La terminologie employée au paragraphe 14 de la résolution 2749 (XXV) de l'Assemblée générale et dans d'autres textes analogues, y compris la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, ne visait pas à scinder l'atome « responsabilité » en ses différents éléments. Son adoption a été dictée par les mêmes considérations que celles qui ont guidé la CDI en 1973 et qui ont été acceptées par l'Assemblée générale lors de l'examen du rapport de la Commission : à savoir que le développement progressif du droit international de la responsabilité des Etats exige que les obligations découlant de faits illicites et celles qui peuvent découler d'activités licites soient examinées séparément.

Voir aussi T. Treves, « Les tendances récentes du droit conventionnel de la responsabilité et le nouveau droit de la mer », *Annuaire français de droit international, 1975*, Paris, vol. XXI, p. 767.

[18] *Ibid.*, p. 776.

[19] Voir *Annuaire... 1973*, vol. I, p. 13, 1203e séance, par. 41 (M. Ouchakov); p. 15, 1204e séance, par. 4 (M. Ago).

[20] *Ibid.* Voir p. ex. p. 7, 1202e séance, par. 23 (M. Kearney); p. 8, par. 32 (M. Hambro); p. 10 et 11, 1203e séance, par. 16 à 18 (M. Castañeda); p. 14 et 15, 1204e séance, par. 3 (M. Ago).

nal [21]. Les notions antinomiques de « faute » et d'« absence de faute » peuvent être considérées comme de simples étiquettes, d'ailleurs inadaptées au propos de la Commission, car cette vaste notion mal définie de « faute » a été jusqu'à un certain point sublimée dans le droit international moderne : elle n'apparaît nulle part dans le projet d'articles de la Commission sur la responsabilité des Etats (première partie) [22], dont l'examen en première lecture est maintenant presque achevé. En revanche, pour certains auteurs, l'antinomie entre la responsabilité « pour faute » et la responsabilité « sans faute » constitue l'essentiel du problème qui nous occupe, et elle peut aboutir à une sorte de *reductio ad absurdum* : en effet, si la pratique des Etats dans ce domaine se réfère en dernière analyse au critère de la diligence suffisante *(care* ou *due diligence)*, si « objectivé » que soit ce critère, quel besoin est-il, d'une manière générale, d'un régime annexe de responsabilité ne reposant pas sur l'obligation de diligence, et quelle place attribuer à un tel régime ?

16. Dans le présent rapport, il ne sera pas fait usage des expressions « responsabilité pour faute » et « responsabilité sans faute », car, outre tout ce qu'on peut leur objecter par ailleurs, elles provoquent chez le lecteur moyen, qui n'est pas encore un *aficionado*, un sentiment de perplexité et de défiance envers les experts. Veut-on vraiment dire, se demandera-t-il, que des Etats souverains, déjà si peu enclins à reconnaître leur responsabilité lorsqu'il s'agit de faits illicites, doivent se plier à une norme de conduite encore plus rigoureuse dans le cas de faits qui, en principe, ne sont pas interdits ? Dans le présent rapport, le régime de la responsabilité découlant d'activités non interdites par le droit international est envisagé comme étant en grande partie — sinon entièrement — le produit de l'obligation de diligence suffisante, règle primaire d'application générale qu'admettent, et justifient avec une égale facilité, les tenants de la théorie subjective comme ceux de la théorie objective de la responsabilité [23]. Mais il arrive un moment où l'on doit admettre l'influence d'un principe modifié, plus étroitement en rapport avec l'époque d'interdépendance qui est la nôtre; car l'obligation de diligence devra acquérir une dimension nouvelle avant de pouvoir rendre compte de façon convaincante de phénomènes comme la limitation de la responsabilité, ou encore des considérations qui sont énoncées au principe 23 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement [24].

17. Dans les écrits sur la question, on trouve le terme « risque » utilisé dans deux sens au moins, qui ne sont pas toujours clairement distingués. En anglais, chacun de ces sens correspond à un usage courant, le terme *risk* pouvant soit désigner un danger latent, et même parfois un danger d'une gravité exceptionnelle — connotation qui est rendue de façon plus exacte par l'expression *ultra-hazard* —, soit dénoter simplement le poids d'une responsabilité — ainsi, dans l'avis habituellement placé à l'entrée d'une voie privée pour indiquer aux passants que ceux qui empruntent cette voie le font *at their own risk* (« à leurs risques et périls »). Dans cette dernière acception, le terme *risk* n'est pas utile, car il existe des expressions plus usuelles et moins emphatiques pour préciser à qui incombe une obligation de diligence ou une responsabilité. Cependant, si nous devons bannir le mot « risque » de notre vocabulaire spécialisé, il nous faut d'abord reconnaître que l'interaction de ses différentes significations a beaucoup contribué à stimuler la réflexion juridique. Si des Etats créent des risques — ou ne font rien pour en empêcher la création, soit sur le territoire national, soit, de la part d'entreprises nationales, au-delà des limites de leur territoire —, ces Etats doivent-ils en principe supporter le risque créé, ou bien le droit international laisse-t-il les autres Etats sans recours devant les actes préjudiciables d'un étranger, comme ils le sont devant les phénomènes naturels ?

18. La définition des activités *ultra-hazardous* (c'est-à-dire comportant des risques exceptionnels) restera toujours associée au nom de C. Wilfred Jenks, qui, dans des cours brillants, a défriché ce champ d'étude [25]. A peu près à l'époque où Jenks réclamait des mesures exceptionnelles pour parer aux risques exceptionnels, L. F. E. Goldie faisait lui aussi œuvre de pionnier en publiant un article qui devait exercer une grande influence et où il montrait que les situations humaines et la pratique juridique correspondante, les possibilités d'adaptation du droit et la gamme des solutions disponibles ainsi que leur gradation, forment un tissu continu [26]. Les définitions qui se dégagent des travaux de ces auteurs et d'autres contiennent des éléments indicatifs d'un ordre de grandeur. Le terme *ultra-hazard* est perçu comme dénotant un danger qui se matérialise rarement, mais qui, en ces rares occasions, peut prendre les proportions d'une catastrophe; il est aussi interprété comme s'appliquant à des dangers insidieux qui peuvent avoir des effets cumulatifs massifs, telle la pollution atmosphérique [27]. On a noté également que les régimes de responsabilité susceptibles d'être envisagés dans le cas d'activités non interdites vont de ceux où la responsabilité est simplement objective *(strict)* à

[21] Pour une analyse détaillée et récente de ces notions, voir P. M. Dupuy, *La responsabilité internationale des Etats pour les dommages d'origine technologique et industrielle*, Paris, Pedone, 1976.

[22] Pour le texte de tous les articles du projet adoptés jusqu'ici par la Commission, voir *Annuaire... 1979*, vol. II (2e partie), p. 100 et suiv., doc. A/34/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 1.

[23] Pour un bref aperçu de la doctrine concernant la « théorie de la faute » et la « théorie objective », voir *Annuaire... 1978*, vol. II (1re partie), doc. A/CN.4/315, chap. III, et particulièrement p. 185 à 198, par. 489 à 511.

[24] Pour référence, voir ci-dessus note 17. Le principe 23 est ainsi rédigé :

« *Principe 23*

« Sans préjudice des critères qui pourront être retenus par la communauté internationale, ni des normes qui devront être définies à l'échelon national, il faudra dans tous les cas tenir compte des échelles de valeurs prévalant dans chaque pays et de l'applicabilité de normes qui sont valables pour les pays les plus avancés mais qui peuvent ne pas être adaptées aux pays en voie de développement, et être pour ces pays d'un coût social injustifié. »

[25] C. W. Jenks, « Liability for ultra-hazardous activities in international law », *Recueil des cours..., 1966-I*, Leyde, Sijthoff, 1967, t. 117, p. 105.

[26] L. F. E. Goldie, « Liability for damage and the progressive development of international law », *International and Comparative Law Quarterly*, Londres, vol. 14, octobre 1965, p. 1189 et suiv.

[27] Jenks, *loc. cit.*, p. 107 et suiv.; Goldie, *loc. cit.*, p. 1200 et suiv.

ceux où elle est absolue *(absolute)*, en ce sens qu'aucun motif d'exonération n'est admis une fois que le lien de causalité a été établi. La nécessité de telles distinctions et l'intérêt qu'elles peuvent présenter pour les travaux de la Commission ne font pas de doute, mais on les a laissées de côté pour la rédaction du présent rapport, car elles procèdent d'une analyse plus quantitative que qualitative.

CHAPITRE II

Comparaison avec la responsabilité pour faits illicites

A. — Règles primaires et règles secondaires

19. Pour des raisons historiques [28], le présent sujet a souvent été présenté comme une récusation, dans certains domaines, du régime traditionnel de la responsabilité des Etats pour faits illicites. Consciente de devoir rester neutre en la matière, la Commission, dans son rapport de 1973 à l'Assemblée générale, a fait observer :

> En raison du fondement entièrement distinct de la responsabilité dite pour risque, de la nature différente des règles qui la prévoient, et en raison aussi de son contenu et des formes qu'elle peut prendre, un examen conjoint des deux sujets ne pourrait que rendre plus difficile la compréhension de l'un et de l'autre [29].

Depuis, la Commission a toujours pris soin de ne pas s'encombrer, pour l'étude du présent sujet, de précédents tirés du régime de la responsabilité pour faits illicites. L'article 1er du projet d'articles sur la responsabilité des Etats (première partie) [30] a été expressément conçu de telle sorte qu'il ne puisse « donner lieu à une interprétation susceptible d'exclure automatiquement l'existence d'une autre source possible de *responsabilité* [31] », et même les règles d'attribution énoncées au chapitre II de ce projet d'articles ont été considérées comme sans doute inapplicables aux obligations découlant d'activités non interdites par le droit international [32].

20. Néanmoins, ce désir scrupuleux de ne pas préjuger de l'évolution future de la matière pourrait créer l'impression erronée qu'un régime de responsabilité pour faits non interdits peut exister de façon entièrement indépendante du régime de la responsabilité des Etats pour faits illicites. Ce serait méconnaître les conséquences de la distinction que la Commission a déjà faite entre règles « primaires » et règles « secondaires ». Dans son rapport de 1973, elle indiquait :

> [la Commission] s'est normalement consacrée, dans ses projets précédents, à la définition des règles de droit international qui [...] imposent aux Etats des obligations déterminées et qui, dans un certain sens, peuvent se définir comme « primaires ». En abordant le sujet de la responsabilité, la Commission entreprend au contraire de définir d'autres règles, qui [...] peuvent se définir comme « secondaires » dans la mesure où elles cherchent à déterminer les conséquences juridiques d'un manquement aux obligations établies par les règles « primaires » [33].

21. Cette distinction trouve une illustration particulièrement claire dans le régime conventionnel archétype établi par la Convention de 1971 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux [34]. Aux termes de l'article II de cette convention

> Un Etat de lancement a la responsabilité absolue de verser réparation pour le dommage causé par son objet spatial à la surface de la Terre ou aux aéronefs en vol.

Cette disposition met à la charge des Etats parties une obligation « primaire » de verser réparation pour les conséquences dommageables d'activités non interdites par le droit international. Par l'effet d'une règle « secondaire », si un Etat ne verse pas la réparation due, il enfreint l'obligation internationale qui lui incombe, engageant ainsi sa responsabilité internationale. On voit donc que le régime de la responsabilité pour faits non interdits ne porte pas atteinte à l'universalité du régime de la responsabilité pour faits illicites, car les deux régimes se situent sur des plans différents. Les obligations découlant d'activités non interdites sont le produit de règles « primaires » particulières, dont la violation, comme celle de toutes autres règles « primaires », fait jouer les règles « secondaires » de la responsabilité des Etats pour faits illicites.

22. La distinction qui vient d'être faite n'est certes pas nouvelle : il est clair que la Commission l'avait à l'esprit au cours de son débat de 1973 [35]. La même question s'est posée — cette fois à propos des obligations relatives au traitement des étrangers — lors du débat de 1977 de la Commission concernant le projet d'articles sur la responsabilité des Etats (première partie), à l'occasion de l'examen de l'article 22 (Epuisement des recours in-

[28] Voir *supra* par. 3 et 4 et par. 15.

[29] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 171, doc. A/9010/Rev.1, par. 38.

[30] Voir ci-dessus note 22.

[31] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 171, doc. A/9010/Rev.1, par. 39.

[32] Voir *Annuaire... 1974*, vol. I, p. 30, 1257e séance, par. 25.

[33] *Annuaire... 1973*, vol. II, p. 171 et 172, doc. A/9010/Rev.1, par. 40.

[34] Résolution 2777 (XXVI) de l'Assemblée générale, en date du 29 novembre 1971, annexe.

[35] Voir p. ex. *Annuaire... 1973*, vol. I, p. 13, 1203e séance, par. 41 (intervention de M. Ouchakov), et p. 15, 1204e séance, par. 4 (réponse de M. Ago, rapporteur spécial) :

> « M. Ouchakov a dit, à juste titre, qu'il existe un principe général qui lie la responsabilité pour fait illicite à toute violation des règles du droit, alors que le fait licite n'est générateur de responsabilité que si une règle, dite règle de fond ou règle primaire, le prévoit. Si le dommage causé par une activité licite, c'est-à-dire non interdite — dans le domaine spatial, par exemple — entraîne une obligation de dédommager, il s'agit là, à proprement parler; non pas d'une responsabilité, mais d'une garantie. [...] »

ternes)[36]. Alors que des divergences d'opinion sont apparues sur d'autres points, personne n'a contesté la distinction présentée en termes concis par M. Ouchakov, qui a fait observer qu'il existe deux catégories de dédommagement : le dédommagement en tant que conséquence de la responsabilité internationale et le dédommagement en tant que conséquence d'une règle primaire[37]. La question s'est à nouveau posée, plus indirectement, en 1978, lorsque la Commission a examiné l'article 23 du projet (Violation d'une obligation internationale requérant de prévenir un événement donné)[38]. Une caractéristique de ce type d'obligation est le fait qu'elle peut exiger de l'Etat qui en est le sujet un comportement satisfaisant à un critère plus rigoureux que celui de la diligence suffisante, sans qu'il s'agisse pourtant d'une obligation absolue[39].

23. Pour replacer la question dans une perspective plus lointaine, en 1963, la Commission a décidé, avec l'approbation de l'Assemblée générale, de ne pas reprendre l'étude du sujet de la responsabilité des Etats dans le domaine particulier de la responsabilité pour dommages à la personne ou aux biens des étrangers ni entreprendre l'étude de ce sujet dans aucun autre domaine particulier, et d'étudier plutôt les règles « secondaires » de la responsabilité internationale en tant que sujet général distinct, indépendamment de tout examen systématique des règles « primaires » dont la violation entraîne responsabilité pour fait internationalement illicite[40]. La distinction entre règles « primaires » et « secondaires » est donc un outil d'analyse, et les trois projets d'articles sur la responsabilité des Etats — en cours d'élaboration ou prévus — sont destinés à être polyvalents, de telle sorte que leur application aux divers domaines du droit international — dont celui auquel se rapporte le présent sujet — compense largement les efforts qu'ils auront coûtés.

24. Dans les paragraphes qui précèdent, on a utilisé les termes « primaire » et « secondaire » entre guillemets pour montrer qu'il s'agit d'abstractions n'ayant que la valeur que l'on décide de leur attribuer en tant que méthode permettant d'éclairer la discussion. Beaucoup d'auteurs estiment que l'existence de conséquences préjudiciables — c'est-à-dire d'une perte ou d'un dommage, matériel ou non matériel — est un troisième élément constitutif essentiel de la responsabilité pour faits illicites[41]. Certains en revanche, pensent qu'il faudrait exclure des éléments constitutifs même le facteur de l'attribution — c'est-à-dire l'imputabilité à l'Etat en tant que sujet de droit[42]. Ces deux conceptions peuvent l'une et l'autre avoir leur importance pour l'analyse des rapports entre le régime de la responsabilité pour faits non interdits et celui de la responsabilité pour faits illicites.

25. Les termes « primaire » et « secondaire » ont cependant un sens irréductible dans lequel ils peuvent être utilisés sans guillemets : ainsi peut-on dire que les règles secondaires ne sont qu'une matière vide dans laquelle les règles primaires — celles qui établissent l'obligation — peuvent produire concrètement leurs effets. Quadri note à ce sujet :

> C'est pourquoi, du point de vue de la méthode, nous avons toujours critiqué la tendance presque générale dans la doctrine et dans la pratique diplomatique à regarder la plupart des problèmes concernant le traitement de l'étranger comme des problèmes de responsabilité. Nous nous référons surtout aux obligations internationales de l'Etat en ce qui concerne la protection des étrangers soit dans leur vie, soit dans leurs biens. Dans les ouvrages généraux de droit international public, cette matière est traitée dans les chapitres consacrés à la responsabilité en insistant tout particulièrement sur le « déni de justice » *(denial of justice)*, regardé comme exemple typique de délit international. Mais le déni de justice n'est en réalité que l'une des manières de violer l'obligation de protéger les étrangers, et il devrait donc être traité dans le chapitre concernant le traitement de l'étranger[43].

Cette observation vaut également pour la matière qui nous occupe, seul autre domaine de fond du droit que l'on persiste à présenter comme le produit de règles secondaires.

B. — Exclusion de l'illicéité

26. Le changement de perspective résultant de ce passage des règles secondaires aux règles primaires permet de situer le sujet dans un cadre moins artificiel. La règle de la diligence raisonnable, appliquée à un Etat qui se livre à une activité de nature à avoir des effets préjudiciables en dehors de ses frontières, ou qui autorise une telle activité, pourrait — par exemple — comporter les obligations de réunir et de communiquer des renseignements, de prendre des dispositions pour arriver à un accord sur les méthodes de construction, les procédures d'exécution ou les niveaux tolérables de contamination, et de garantir la réparation des conséquences dommageables qui pourraient survenir en dépit de toutes les précautions prises. Selon les circonstances, ce critère de la diligence raisonnable ou suffisante peut donc fort bien se traduite par des normes de comportement plus rigoureuses s'il s'inscrit dans le cadre d'un régime de protection spécial garantissant réparation aux victimes éventuelles de tout risque impossible à éliminer totalement. Le régime général de la responsabilité des Etats pour faits illicites fournira les critères de classification des diverses obligations composant ce régime spécial, mais l'étendue de chacune de ces obligations sera fixée par la règle primaire elle-même[44]. Ainsi, on peut voir dans le régime de responsabilité absolue établi par la Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés

[36] Voir *Annuaire... 1977*, vol. I, p. 254 à 259 et p. 264 à 283, 1463e et 1465e à 1468e séances.

[37] *Ibid.*, p. 280, 1468e séance, par. 14.

[38] Voir *Annuaire... 1978*, vol. I, p. 4 à 20, 1476e à 1478e séances.

[39] *Ibid.*, vol. II (2e partie), p. 92 et 93, doc. A/33/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, art. 23, par. 4 et 6 du commentaire.

[40] Voir, en particulier, *Annuaire... 1969*, vol. II, p. 238 et suiv., doc. A/7610/Rev.1, chap. IV.

[41] Voir p. ex. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (chap. X : International responsibility), p. 267.

[42] Voir p. ex. R. Quadri, « Cours général de droit international public » (chap. IV : Responsabilité et garantie), *Recueil des cours..., 1964-III*, Leyde, Sijthoff, 1966, t. 113, p. 457 à 459 : «Le lien de causalité est tout. La question de l'imputabilité reste du domaine exclusif du droit interne [...] ». (*Ibid.*, p. 459.)

[43] *Ibid.*, p. 456.

[44] Voir p. ex. les remarques faites par M. Ago, rapporteur spécial, à propos de l'article 123 du projet d'articles sur la responsabilité des Etats (première partie) : *Annuaire... 1977*, vol. I, p. 236, 1457e séance, par. 21 ; *Annuaire... 1978*, vol. I, p. 10, 1477e séance, par. 5.

par des objets spatiaux[45] non seulement l'énoncé des règles conventionnelles applicables, mais aussi l'expression de la norme de diligence que les auteurs de la convention ont jugée raisonnable dans le cas de l'activité en cause.

27. Il faut immédiatement nuancer ce qui vient d'être dit en notant que les régimes de responsabilité conventionnels ne contiennent presque jamais d'indications sur leurs rapports avec le droit coutumier et que, dans les cas ne relevant d'aucun régime conventionnel, les différends sont généralement réglés à l'amiable à titre volontaire, sans référence à des principes définis. Là réside peut-être une des clefs du présent sujet. Pour utiliser métaphoriquement un langage emprunté au droit du plateau continental, disons que la souveraineté de chaque Etat a son « prolongement naturel », qui détermine en principe les limites de ses droits et de ses obligations à l'égard de chaque autre Etat et des zones communes ne relevant de la souveraineté d'aucun Etat. Toutefois, dans la pratique, les principes ne permettent pas toujours de déterminer facilement le tracé de chaque limite : il faut arriver à une approximation d'un commun accord, par référence aux principes de l'équité, mais aussi dans un esprit pragmatique, en prenant en considération et cherchant à concilier les diverses préoccupations légitimes et en faisant droit aux justes demandes de chacun des Etats intéressés[46]. Nous reviendrons sur ce thème dans le prochain chapitre.

28. Dans le domaine de l'environnement, comme il s'agit dans la plupart des cas de dangers nouveaux ou nouvellement perçus, la nécessité d'une réglementation internationale est généralement admise, et l'on assiste à la mise en place de multiples régimes conventionnels d'application universelle, régionale, sous-régionale ou transnationale. Dans certains secteurs — notamment ceux de l'espace extra-atmosphérique, des utilisations pacifiques de l'énergie atomique et du transport maritime d'hydrocarbures —, les engagements que les Etats ont pris (ou la responsabilité qu'ils ont assumée) comprennent l'obligation d'indemniser les victimes des accidents qu'ils n'ont pas su prévenir ou de mettre en place un système d'indemnisation[47]. Dans d'autres secteurs, nous l'avons vu, l'absence de règles conventionnelles régissant la responsabilité en cas de conséquences dommageables a été reconnue expressément, soit dans une note en forme d'avertissement, soit dans une disposition affirmant la nécessité de combler cette lacune[48]. L'idée directrice dans tout cela est qu'en principe la victime innocente d'une activité qui entraîne un danger ne doit subir aucun dommage, même si le comportement de l'auteur de l'activité en question n'est entaché d'aucune illicéité.

29. Dans le domaine beaucoup plus ancien de la responsabilité en matière de traitement des étrangers, le droit coutumier règle depuis longtemps des situations que l'on peut, sans extravagance, analyser de même manière. Dans ce domaine également, les limites de la licéité et l'étendue de la responsabilité quant l'illicéité n'est pas invoquée sont des points controversés. Sørensen a décrit comme suit les deux sortes de responsabilité :

> En premier lieu, l'Etat est dans l'obligation de ne pas exercer sa compétence d'expropriation d'une manière arbitraire. [...]
>
> Deuxièmement, il faut que l'expropriation ne soit pas discriminatoire [...].
>
> Si une expropriation est effectuée en violation de ces conditions, elle dépasse les limites que le droit international impose à la compétence territoriale, et elle constitue ainsi un acte illicite, qui comporte un devoir de réparation. [...]
>
> Si, par contre, l'expropriation n'est pas illicite, elle comporte néanmoins l'obligation de payer une indemnité, mais

[45] Voir *supra* note 34.

[46] Cette conclusion générale paraît aussi valable dans le cas d'une grande consultation multilatérale comme la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer que dans celui d'une négociation bilatérale de délimitation de zones maritimes. Ainsi, même quand la CIJ est appelée à préciser les principes applicables à une négociation de ce deuxième type, comme dans les Affaires du plateau continental de la mer du Nord, l'énoncé des critères que la Cour elle-même déclare applicables ne saurait être aussi décisif que l'analyse qu'elle fait de la position de chacune des parties. Voir W. Friedmann, « The North Sea continental shelf cases : A critique », *The American Journal of International Law*, Washington (D.C.), vol. 64, nº 2 (avril 1970), p. 229.

[47] Voir par exemple :

Convention sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux (1971) [v. ci-dessus note 34];

Convention de Vienne relative à la responsabilité civile en matière de dommages nucléaires (1963) [Nations Unies, *Annuaire juridique, 1963* (publication des Nations Unies, numéro de vente : 65.V.3), p. 153];

Convention sur la responsabilité civile dans le domaine de l'énergie nucléaire (Paris, 1960) et protocole additionnel (1964) [*Journal du droit international* (Clunet), Paris, 96e année, nº 2, avril-juin 1969, p. 482];

Convention relative à la responsabilité civile dans le domaine du transport maritime de matières nucléaires (Bruxelles, 1971) [Nations Unies, *Annuaire juridique, 1972* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.74.V.1), p. 104];

Convention relative à la responsabilité des exploitants de navires nucléaires et protocole additionnel (Bruxelles, 1962) [Belgique, Ministère des affaires étrangères et du commerce extérieur, Service des traités, *Conventions de droit maritime (Conventions de Bruxelles)*, Bruxelles, 1968, p. 85];

Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 1969) [Nations Unies, *Annuaire juridique, 1969* (publication des Nations Unies, numéro de vente : F.71.V.4), p. 181];

Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 1971) [Nations Unies, *Annuaire juridique, 1972 (op. cit.)*, p. 107];

Convention sur la responsabilité civile pour les dommages de pollution par les hydrocarbures résultant de la recherche et de l'exploitation des ressources minérales du sous-sol marin (Londres, 1976) [Royaume-Uni, *Final Act of the Intergovernmental Conference on the Convention on Civil Liability for Oil Pollution Damage from Offshore Operations* (Miscellaneous No. 8 [1977]), Cmnd. 6791, Londres, H.M. Stationery Office, 1977, p. 7].

[48] Voir ci-dessus par. 5 et note 8. Voir aussi le principe 22 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement (ci-dessus note 17) et l'article 235, par. 3, du Texte de négociation composite officieux/Révision 2 *(ibid.)* :

> « En vue d'assurer une réparation prompte et suffisante de tous les dommages causés par la pollution du milieu marin, les Etats coopèrent à l'application du droit international existant et au développement du droit international relatif aux obligations et à la responsabilité concernant l'évaluation et l'indemnisation des dommages et le règlement des différends en la matière, ainsi que, le cas échéant, à l'établissement de critères et de procédures pour le paiement d'indemnités appropriées, tels l'assurance obligatoire ou des fonds d'indemnisation. »

c'est une indemnité pour un acte licite et comme telle moins extensive [49].

Pour notre propos immédiat, il suffit de relever l'idée générale qui sous-tend ce raisonnement. Le droit international ne restreint pas sans nécessité la liberté d'action des Etats : si leurs buts sont légitimes et si les moyens qu'ils emploient pour les atteindre tiennent raisonnablement compte des intérêts propres d'autres Etats ainsi que des intérêts de la collectivité, les conséquences préjudiciables de leurs activités n'entraînent pas, en soi, la mise à leur charge d'une responsabilité pour fait illicite, dès lors qu'il y a dédommagement du préjudice causé [50]. Une autre question, qui sera aussi examinée dans le prochain chapitre, est celle de savoir dans quelle mesure l'obligation de dédommagement peut elle-même être subordonnée aux intérêts supérieurs de l'Etat qui est l'auteur du fait préjudiciable.

30. La Commission a eu récemment l'occasion d'étudier un troisième type de situation où il peut exister une obligation de réparer un préjudice en l'absence de comportement illicite, à savoir le cas où un Etat agit en violation d'une obligation internationale à laquelle il est soumis, et où ses actes ont des conséquences dommageables, mais où des circonstances exceptionnelles comme la force majeure, le cas fortuit, la détresse ou l'état de nécessité excluent l'illicéité [51]. Comme M. Ago, rapporteur spécial pour la question de la responsabilité des Etats (première partie), l'a fait observer à propos de l'état de nécessité :

> Cette exclusion ne s'étendrait [...] nullement à des conséquences que le même fait engendrerait à un autre titre, et notamment à la naissance d'une obligation d'indemniser les dommages causés par l'acte de « nécessité » que l'Etat se verrait imputer sur une base qui ne serait pas celle d'une responsabilité *ex delicto* [52].

La Commission s'est rangée à ce point de vue quand elle a fait observer, à propos de la force majeure et du cas fortuit, que l'exclusion de l'illicéité n'excluait pas la possibilité que des règles différentes interviennent dans de tels cas et mettent à la charge de l'Etat d'éventuelles obligations de dédommagement total ou partiel, non liées à la perpétration d'un fait illicite [53].

Ainsi, même dans le cas extrême où, par hypothèse, l'agent est présenté comme n'ayant pas le choix, ni aucune possibilité d'éviter la conséquence dommageable, la Commission a souscrit à l'avis exprimé par certains de ses membres selon lequel il ne serait pas juste de laisser toute la charge des dommages à « l'Etat ayant subi lui-même ou dans la personne de ses ressortissants les dommages en question [54] ».

31. En résumé, le schéma qui semble se dégager est celui-ci : à mesure que les Etats prennent conscience de situations particulières dans lesquelles leurs activités, ou des activités soumises à leur compétence ou à leur contrôle, peuvent avoir des conséquences préjudiciables en dehors de leur territoire, ils essaient de s'entendre avec les Etats qui risquent d'être lésés sur les procédures à suivre et le niveau de protection à assurer. Tantôt les dispositions prises comprennent l'établissement d'un régime de responsabilité, tantôt il est précisé que ces dispositions ne règlent pas la question de la responsabilité. Même dans le premier cas, il est bien rare qu'un effort conscient soit fait pour identifier une règle de droit coutumière : les Etats, pour s'acquitter de leur obligation de diligence et ne pas s'exposer à être taxés de conduite illicite, définissent et appliquent les règles convenant à une situation donnée. Même dans le cas extrême où toute imputation d'un fait illicite à l'Etat est exclue, il est prévu une disposition reconnaissant en principe, au titre de l'équité, l'obligation pour l'Etat dont l'action a eu des conséquences dommageables de prendre à sa charge au moins une partie du préjudice subi par une victime innocente. Toutefois, les régimes conventionnels, y compris ceux qui règlent la question de la responsabilité, peuvent bien entendu avoir d'autres objectifs que la prévention ou la réparation de conséquences dommageables : leur fonction est de faire en sorte que le droit international contribue à concilier et à harmoniser l'ensemble des activités créatrices bénéfiques de l'homme.

[49] M. Sørensen, « Principes de droit international public » (chap. IX : Limitations de la compétence territoriale), *Recueil des cours..., 1960-III*, Leyde, Sijthoff, 1961, t. 101, p. 177 et 178.

[50] *Ibid.* (chap. X : Limitations de la compétence territoriale [suite]), p. 197 et 198; et Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.* (chap. VII : Subjects of international law — The State and its territory), p. 194 et 195.

[51] Voir *Annuaire... 1979*, vol. II (2e partie), p. 135 et suiv., doc. A/34/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, art. 31 et 32; et ci-dessus p. 50, doc. A/CN.4/318/Add.5 à 7, par. 81, projet d'article 33.

[52] Ci-dessus p. 21, doc. A/CN.4/318/Add.5 à 7, par. 18.

[53] *Annuaire... 1979*, vol. II (2e partie), p. 148, doc. A/34/10, chap. III, sect. B, sous-sect. 2, art. 31, par. 39 du commentaire.

[54] *Ibid.* Voir aussi *Annuaire... 1979*, vol. I, p. 197, 1751e séance, par. 4 (M. Riphagen).

CHAPITRE III

Limites à la souveraineté

A. — *Sic utere tuo...* : le critère du « préjudice »

32. Afin de mieux comprendre pourquoi les gouvernements hésitent à se soumettre à des règles de responsabilité précises dans les domaines du droit nouveau ou en évolution, il nous faut jeter un regard sur le passé. Jusqu'au XXe siècle, les situations dans lesquelles il risquait d'y avoir conflit entre la liberté d'action dont jouissait l'Etat à l'intérieur de ses frontières et ses obligations envers les autres Etats étaient relativement rares. Dans le domaine des immunités souveraines, l'extension de l'activité de l'Etat au secteur des échanges commerciaux offrait quelques éléments utiles pour un réexamen des principes du droit. Le droit de la mer avait toujours pour principal objet d'assurer la liberté de navigation, et la règle du passage innocent à travers la mer territoriale ne

soulevait pas encore vraiment la question d'un équilibre entre les intérêts de l'Etat du pavillon et ceux de l'Etat côtier. De même, le droit relatif au traitement des étrangers, bien qu'ayant en tout temps donné lieu à des problèmes difficiles, ne présentait pas encore d'aspect qui pût être considéré comme restreignant indûment la liberté des Etats souverains dans la conduite de leurs propres affaires. Ce sont les pressions du XXe siècle qui ont porté ces problèmes sur le devant de la scène.

33. Dans le domaine de l'environnement, avant 1900, la navigation sur les fleuves internationaux commençait à s'organiser à partir de concessions mutuelles, mais la doctrine Harmon, formulée pour la première fois par les Etats-Unis d'Amérique en 1895, n'admettait nulle obligation de tenir compte des intérêts des autres Etats riverains dans l'utilisation des voies d'eau non navigables. Bien que les Etats-Unis n'aient abandonné expressément cette doctrine qu'en 1960, lors des accords qu'ils ont passés avec le Canada pour l'aménagement du fleuve Columbia, ils s'étaient dès 1935 fondés sur d'autres principes pour arrêter, d'un commun accord avec le Canada, le mandat du tribunal arbitral institué conjointement par les deux pays pour résoudre le différend qui les opposait dans l'*Affaire de la fonderie de Trail*[55]. En effet, ce tribunal a été habilité à appliquer tant les principes du droit international que les principes découlant des décisions rendues par les juridictions fédérales des Etats-Unis dans les différends entre Etats de l'Union. Dans sa sentence, le tribunal arbitral a déclaré que, selon les principes du droit international comme selon ceux du droit des Etats-Unis :

> [...] aucun Etat n'a le droit d'utiliser ou de permettre qu'on utilise son territoire de telle manière que des fumées causent un dommage sur le territoire ou au territoire d'un autre Etat ou aux biens de personnes se trouvant sur ce territoire, dès lors que la chose a des conséquences graves et que le préjudice est clairement attesté par des preuves convaincantes[56].

34. Curieusement, la question de l'équilibre entre la liberté d'action de l'Etat à l'intérieur de ses propres frontières et ses obligations envers les autres Etats s'est posée devant la CPJI dans un contexte où les différends sont rares, celui de la mesure dans laquelle un Etat a le droit de poursuivre un étranger en justice pour une infraction commise en dehors du territoire de cet Etat. Dans l'*Affaire du « Lotus »*[57], encore que la Cour eût à se prononcer sur un point plus limité et qu'elle se soit surtout occupée de droit maritime et de la question de l'assimilation du navire au territoire de l'Etat du pavillon, les avis de ses membres ont été presque également partagés sur la nature de la souveraineté de l'Etat. Les juges en désaccord avec la majorité ont été stupéfaits de voir la souveraineté d'un Etat interprétée de façon si étroite et si littérale qu'un autre Etat pût s'immiscer dans les affaires du premier en appliquant ses lois et sa procédure pénales à la conduite d'un étranger qui n'avait nul dessein de lui nuire et n'aurait pu supposer qu'il tombait sous le coup de la loi dudit Etat[58].

35. Même alors, dans l'affaire du *Lotus*, la majorité de la Cour a opposé nettement l'absence du droit, pour un Etat, d'exercer sa puissance en dehors de ses frontières et la liberté qu'a l'Etat d'agir à son gré à l'intérieur desdites frontières — à condition de ne pas manquer, ce faisant, à une obligation internationale[59]. La Cour n'a pas eu à examiner jusqu'à sa conclusion ultime la question de savoir s'il existait une règle de droit international coutumier imposant une telle obligation dans le domaine de la compétence pénale, et cette question ne s'est plus jamais posée devant une juridiction internationale. Néanmoins, le principe affirmé par la Cour dans l'affaire du *Lotus* régit l'état du présent sujet : la souveraineté des Etats ne peut être limitée que par une obligation découlant d'une règle primaire, dont l'existence ne saurait être présumée, mais doit être prouvée. La profonde division qui s'est fait jour au sein de la Cour sur ce problème essentiel non résolu traduisait, en outre, la même préoccupation que celle qui donne au présent sujet son caractère d'urgence : la souveraineté des Etats devient dérisoire si elle n'est pas limitée par celle des autres Etats et par les intérêts de la communauté internationale.

36. Dans l'*Affaire du détroit de Corfou*[60], la CIJ a clairement fait ressortir les deux aspects de la question. « Entre Etats indépendants, le respect de la souveraineté territoriale est l'une des bases essentielles des rapports internationaux[61] » : même une grave provocation n'autorise pas l'Etat lésé à recourir à une politique d'intervention. D'autre part, la sécurité à l'intérieur de leurs frontières que le respect du droit international peut offrir aux Etats doit être garante de liberté, et non de licence. La Cour, faisant valoir un principe qui rappelle celui qu'avait énoncé, dans un contexte différent, le tribunal saisi de l'affaire de la fonderie de Trail, mentionne « l'obligation, pour tout Etat, de ne pas laisser utiliser son territoire aux fins d'actes contraires aux droits d'autres Etats[62] ». Il est à noter toutefois que la Cour avait à connaître, en l'espèce, d'une infraction à une règle de droit

---

[55] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III (publication des Nations Unies, numéro de vente : 1949.V.2), p. 1911

Au sujet de la doctrine Harmon, voir p. ex. Jiménez de Aréchaga, *loc. cit.*, p. 188 à 192. Mais voir aussi le mémorandum du Département d'Etat des Etats-Unis du 21 avril 1958 sur « les aspects juridiques de l'utilisation des réseaux hydrographiques internationaux dans le cas du réseau fluvial Columbia-Kootenay au regard du droit international coutumier et du Traité de 1909 » (Etats-Unis d'Amérique, Congress, Senate, « Legal aspects of the use of systems of international waters with reference to Columbia-Kootenay River System under customary international law and the Treaty of 1909 », Washington [D.C.], [85th Congress, 2nd session, Senate, Document No. 118]), p. 66 et suiv., où il est consigné que les dépositions faites au nom du Département d'Etat en 1945 devant la Commission des relations étrangères du Sénat rejetaient la doctrine Harmon. M. Frank Clayton, conseil de la section Etats-Unis de la Commission internationale des frontières Etats-Unis/Mexique, a témoigné, à l'époque, que « l'opinion de l'Attorney-General Harmon n'a jamais été suivie ni par les Etats-Unis ni, que je sache, par aucun autre pays » [tr. du Secrétariat].

[56] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. III *(op. cit.)*, p. 1965 [tr. du Secrétariat].

[57] « Lotus », Arrêt n° 9, 1927 : *C.P.J.I.*, série A, n° 10.

[58] *Ibid.*, opinions dissidentes de M. Loder, p. 34 et 35; de M. Weiss, p. 44; de lord Finlay, p. 56 et 57; de M. Nyholm, p. 60; et de M. Moore, p. 92 et 93.

[59] *Ibid.*, p. 18 et suiv.

[60] Détroit de Corfou, fond, Arrêt : *C.I.J. Recueil 1949*, p. 4.

[61] *Ibid.*, p. 35.

[62] *Ibid.*, p. 22.

international incontestée, celle du droit de passage innocent, et qu'elle a parlé d'« actes contraires aux droits d'autres Etats », et non d'actes « nuisant » ou « portant préjudice » à d'autres Etats [63].

37. L'affaire du *Lotus* posait implicitement une question qui n'est pas résolue et qui tient au fait que le critère du « préjudice » est une variable, ce qui ne facilite pas la double tâche consistant d'une part à établir l'existence d'un préjudice et de l'autre à en mesurer l'étendue. De surcroît, il se pose à présent de nouvelles questions. Lorsque l'existence d'un préjudice important est établie, on ne nie guère qu'il y ait en principe obligation d'indemniser, à moins que le préjudice ne résulte d'une activité que les Etats lésés ont expressément ou tacitement accepté de tolérer [64]; et, sauf dans cette dernière hypothèse, il est relativement secondaire de savoir si le préjudice résulte d'un fait illicite ou d'une activité non interdite par le droit international. Quand, en 1954, les Etats-Unis d'Amérique ont fait exploser une bombe à hydrogène sur l'atoll d'Eniwetok, dans les îles Marshall, des pêcheurs japonais se trouvant en haute mer ont subi des lésions, et une pêcherie habituellement exploitée par le Japon a été contaminée par les retombées radioactives. Les Etats-Unis ne se sont pas contentés d'exprimer leur préoccupation et leurs regrets mais ont offert « à titre volontaire au Gouvernement japonais, sans aborder la question de la responsabilité juridique, une somme de 2 millions de dollars en réparation des dommages ou préjudices subis », tout en précisant qu'ils considéraient que cette somme serait acceptée « à titre de règlement intégral de toutes réclamations » [65].

38. Le problème le plus difficile est celui qui se pose lorsque le préjudice a un caractère éventuel, c'est-à-dire constitue une conséquence plus ou moins prévisible d'une activité donnée. En pareil cas, le critère de l'« illicéité » risque de n'offrir le choix qu'entre l'interdiction de l'activité en question et son acceptation en tant que manifestation légitime de la souveraineté de l'Etat [66]. C'est là que la doctrine se trouve en défaut et se sépare de la pratique des Etats. La simple dichotomie de ce qui est autorisé par les règles générales du droit international coutumier et de ce qui ne l'est pas ne suffit pas à prendre en compte la diversité des droits et des intérêts que doit concilier tout régime applicable à un cours d'eau international ou à une activité intrinsèquement bénéfique, mais dangereuse, ayant des effets transnationaux. Lorsqu'elle considère le « préjudice » comme le facteur déterminant l'illicéité, la théorie juridique achoppe aussitôt sur la variabilité de ce concept, mais la pratique des Etats témoigne de la puissance qu'il a comme principe présidant à la formation du droit. La maxime *sic utere tuo ut alienum non laedas* décrit l'autre face de la souveraineté. Elle a inspiré l'évolution récente du droit coutumier, ainsi qu'une centaine de négociations intergouvernementales dans une douzaine de domaines différents. En vérité, la description que McDougal et Schlei ont donnée de l'évolution du droit coutumier des utilisations de la haute mer s'applique tout aussi bien, un quart de siècle plus tard, à l'activité normative de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer :

> [...] c'est un processus d'interaction continu où les décideurs des différents Etats-nations font valoir unilatéralement les prétentions les plus diverses et les plus opposées [...] et où d'autres décideurs, extérieurs à l'Etat-nation qui formule une revendication, et au nombre desquels figurent des autorités nationales comme des autorités internationales, soupèsent et apprécient ces prétentions rivales au regard des intérêts de la communauté mondiale et des intérêts de ceux qui les expriment, pour finir par les accepter ou les rejeter [67].

Afin de réconcilier la doctrine et la pratique, il faut élaborer la théorie de la responsabilité internationale pour les conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international, en admettant la pertinence, lorsqu'il y a lieu, des intérêts légitimes et de facteurs multiples.

B. — Intérêts légitimes et facteurs multiples

39. Dans les paragraphes qui précèdent, ainsi qu'au chapitre II [68], on a montré que, dans le monde moderne,

---

[63] Le fait que dans le présent chapitre les affaires de la fonderie de Trail, du détroit de Corfou et du lac Lanoux ne soient que brièvement évoquées ne doit pas induire le lecteur en erreur. Ces trois affaires célèbres ont été abondamment commentées par d'éminents auteurs. Les commentateurs y trouvent soit un encouragement à espérer en l'avènement d'un droit nouveau de l'environnement, affranchi de toutes entraves, soit la preuve rassurante que tout le champ du droit international reste dominé par le respect des traités et par les règles classiques de la responsabilité des Etats. Il serait outrecuidant de vouloir, dans les limites du présent rapport préliminaire, rendre compte des écrits de ces auteurs.

[64] Voir p. ex. l'arbitrage rendu dans l'Affaire du lac Lanoux :

> « Mais il n'a jamais été allégué que les ouvrages envisagés présentent d'autres caractères ou entraînent d'autres risques que les ouvrages du même genre qui sont aujourd'hui répandus dans le monde entier. » (Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII [publication des Nations Unies, numéro de vente : 63.V.3], p. 303.)

[65] Etats-Unis d'Amérique, *Department of State Bulletin*, Washington (D.C.), vol. XXXII, nº 812 (4 janvier 1955), p. 90 et 91 [tr. du Secrétariat].

[66] Dans l'Affaire des essais nucléaires, lorsque la CIJ a fait droit à la demande en indication de mesures conservatoires, M. Ignacio-Pinto, l'un des six juges ayant exprimé une opinion dissidente, a, semble-t-il, évoqué les deux conceptions extrêmes de l'interdiction :

> « je ne vois aucun moyen juridique existant en l'état actuel du droit pour autoriser un Etat de venir demander à la Cour d'interdire à un autre Etat d'exercer sur son propre territoire telle activité [essais nucléaires atmosphériques] productrices de risque chez le voisin. »

Et plus loin :

> « En effet, adopter la thèse de la demande de l'Australie nous amènerait à une nouvelle conception en droit international, qui consisterait à interdire aux Etats l'exercice dans le cadre de leur souveraineté territoriale de toute activité créatrice de risque. » (Essais nucléaires [Australie *c.* France], mesures conservatoires, Ordonnance du 22 juin 1973 : *C.I.J. Recueil 1973*, p. 131 et 132.)

Voir, d'une manière plus générale, l'opinion de M. Ignacio-Pinto (*ibid.*, p. 128). Voir aussi, par exemple, l'opinion dissidente de Badawi Pasha dans l'Affaire du détroit de Corfou (fond) : *C.I.J. Recueil 1949*, notamment p. 65 et 66.

[67] M. S. McDougal et N. A. Schlei, « The hydrogen bomb tests in perspective : Lawful measures for security », *The Yale Law Journal*, New Haven (Conn.), vol. 64, nº 5 (avril 1955), p. 656 [tr. du Secrétariat]. Voir aussi, à propos des questions examinées dans la présente section, G. Handl, « An international legal perspective on the conduct of abnormally dangerous activities in frontier areas : The case of nuclear power plant siting », *Ecology Law Quarterly*, Berkeley (Calif.), vol. 7 (1978), nº 1, en particulier p. 6 à 15.

[68] Voir ci-dessus par. 26.

les problèmes pratiques liés à la délimitation d'intérêts souverains peuvent rarement être résolus par l'application d'une règle directrice simple. Ainsi, dans l'arrêt qu'elle a rendu dans l'*Affaire des pêcheries (Royaume-Uni* c. *Norvège)* [69], la CIJ a rejeté la thèse selon laquelle la règle de la laisse moyenne de basse mer serait le seul critère déterminant le tracé des lignes de base de la mer territoriale. Cette règle, a-t-elle estimé, donne sans doute un résultat satisfaisant dans bien des cas, mais non dans tous. Dans le cas de la Norvège, dont la côte présente de nombreuses échancrures, il suffit, pour satisfaire aux exigences du droit international coutumier, de considérer que le tracé des lignes de base ne doit pas « s'écarter de façon appréciable de la direction générale de la côte », en tenant compte « du rapport plus ou moins intime qui existe entre certaines étendues de mer et les formations terrestres qui les séparent ou qui les entourent » et « de certains intérêts économiques propres à une région lorsque leur réalité et leur importance se trouvent clairement attestées par un long usage » [70].

40. Dans les *Affaires du plateau continental de la mer du Nord* [71], les facteurs cités par la CIJ comme pouvant, en dernière analyse, guider les parties dans leur recherche d'une solution concertée ne sont pas sans analogie avec les critères qu'elle avait retenus dans l'affaire anglo-norvégienne des pêcheries : configuration géographique, domination de la mer par la terre, unité de ressources naturelles, mesure des façades maritimes suivant la direction générale des côtes [72]. Quand ces critères ou d'autres fixés d'un commun accord ne donnent pas de résultat certain, on peut se référer en outre aux principes de l'équité — ou, comme la Cour l'a fait en l'espèce, à celui de l'égalité dans le cadre général d'un intérêt légitime [73]. L'essentiel est donc l'obligation de négocier : la règle de droit applicable impose elle-même aux parties l'obligation « d'engager une négociation en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle comme une sorte de condition préalable à l'application automatique d'une certaine méthode de délimitation faute d'accord [74] ».

41. Cet élargissement des perspectives du droit ne va pas sans susciter des protestations. Dans l'affaire anglo-norvégienne des pêcheries, sir Arnold McNair, dans une opinion dissidente, déclare :

> A mon avis, la modification des limites des eaux territoriales pour protéger les intérêts économiques et autres intérêts sociaux ne se justifie pas en droit. Au surplus, si l'on approuvait une telle pratique, il en résulterait une tendance dangereuse : les Etats seraient encouragés à estimer leurs droits d'une manière subjective, plutôt que de se conformer à une règle internationale commune [75].

De même, dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord, le vice-président Koretsky, exprimant lui aussi une opinion dissidente, distingue, d'une part, les facteurs politiques et économiques et autres facteurs connexes que les parties sont fondées à prendre en considération pour arriver à un accord et, d'autre part, les facteurs dont l'examen relève à proprement parler de la fonction judiciaire :

> L'appréciation de ces considérations a un caractère politique et subjectif, et la Cour en tant qu'organe judiciaire n'a pas à s'en occuper, à moins que les parties ne la saisissent d'un litige relatif à un ou plusieurs points de caractère vraiment juridique [76].

Malgré les protestations — et l'aspiration compréhensible à un monde dans lequel tout serait plus simple et où le droit et la politique seraient moins mêlés —, il ne fait pas de doute que, dans ces deux affaires, une ligne a été franchie. L'introduction réticente d'un mode d'approche multiforme dans le cadre de l'application d'une règle de droit unique est marquée par le formidable tir de barrage des opinions individuelles et dissidentes, d'une grande valeur juridique, dont s'accompagne l'arrêt rendu par la Cour dans les affaires du plateau continental de la mer du Nord.

42. La morale qui se dégage de cette évolution convient assez à la disposition dans laquelle se trouvent les Etats en cette fin du XXe siècle. Chaque fois qu'il est possible, les Etats devraient, dans l'exercice de leur pouvoir de conclure des traités, anticiper les problèmes, en substituant aux limites incertaines du droit laissé à chacun d'agir comme bon lui semble des limites convenues qui soient faciles à respecter, ou en établissant des entreprises communes dont les objectifs et les modes d'action soient définis. Comme dans le cas des affaires du plateau continental de la mer du Nord, les accords pris ne sauraient lier ceux qui n'y sont pas parties et qui ont un intérêt légitime dans la question qu'ils règlent, mais, comme dans l'affaire précitée, l'obligation de négocier « en vue de réaliser un accord et non pas simplement de procéder à une négociation formelle » est en soi l'expression d'une règle de droit coutumier obligatoire, même si cette règle a un caractère très général. S'agissant de la préservation et de l'utilisation du milieu physique, cette règle est reflétée dans le célèbre prononcé arbitral relatif à la fonderie de Trail [77], elle est évoquée dans le passage correspondant de l'arrêt rendu dans l'affaire du détroit de Corfou [78], et elle est confirmée dans le principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement [79]. Le fait que ce principe s'accompagne de dispositions appelant à un développement du droit international en matière de responsabilité et d'indemnisation (principe 22) [80] et mettant l'accent sur une catégorie générale particulièrement

---

[69] Affaire des pêcheries, Arrêt du 18 décembre 1951 : *C.I.J. Recueil 1951*, p. 116.

[70] *Ibid.*, p. 133.

Ces critères sont codifiés à l'article 4 de la Convention de 1958 sur la mer territoriale et la zone contiguë (Nations Unies, *Recueil des Traités*, vol. 516, p. 205) et à l'article 7 du « Texte de négociation composite officieux/Révision 2 » de la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 et Corr.2 et 3).

[71] Plateau continental de la mer du Nord, Arrêt : *C.I.J. Recueil 1969*, p. 3.

[72] *Ibid.*, p. 51 et 52.

[73] *Ibid.*, p. 48 à 52.

[74] *Ibid.*, p. 47.

[75] *C.I.J. Recueil 1951*, p. 169.

[76] *C.I.J. Recueil 1969*, p. 155.

[77] Voir *supra* par. 33.

[78] Voir *supra* par. 36.

[79] Voir ci-dessus note 17.

[80] *Ibid.*

importante d'intérêts légitimes (principe 23)[81] n'enlève rien à sa force juridique.

43. Les problèmes de l'environnement sont justiciables de deux démarches différentes : on peut soit chercher à démêler les uns des autres les intérêts propres des Etats souverains, de manière que l'intérêt de chacun soit sauvegardé au maximum et lésé le moins possible, soit s'efforcer d'assurer une utilisation équitable d'une ressource commune. L'expression « ressources partagées » est généralement réservée à des situations limitées, tels les cas où les frontières politiques ne coïncident pas avec une unité géomorphologique[82]. Mais les notions d'intérêt commun et d'intérêt propre sont toujours complémentaires. C'est ainsi que la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer s'emploie à fixer les limites des zones maritimes auxquelles l'Etat côtier peut étendre l'exercice de sa souveraineté et de ses droits souverains, à concilier les intérêts propres des Etats du pavillon et des Etats côtiers dans des domaines comme le droit de passage inoffensif à travers la mer territoriale (y compris les détroits internationaux) et la juridiction au-delà des limites territoriales, à instituer un régime de gestion et d'exploitation de la zone économique exclusive qui réalise un équilibre entre les intérêts communs et les intérêts propres des Etats, et à développer leurs intérêts communs dans la zone du fond des mers et des océans située au-delà des limites de la juridiction nationale[83].

44. La CDI elle-même, dans ses études récentes sur le droit relatif aux utilisations des voies d'eau internationales à des fins autres que la navigation, a fait ressortir que les ressources mondiales en eau sont finies, qu'une quantité d'eau donnée, non modifiable, est constamment recyclée par la nature, mais que ce « lessivage » naturel est insuffisant face à l'ampleur et à la nature des contaminations actuelles[84]. La Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance[85], le premier instrument conventionnel — semble-t-il — à se référer au principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, met en relief à peu près le même point, les parties contractantes s'y engageant (art. 3) à

> [élaborer] sans trop tarder, au moyen d'échanges d'informations, de consultations et d'activités de recherche et de surveillance, des politiques et stratégies qui leur serviront à combattre les rejets de polluants atmosphériques, compte tenu des efforts déjà entrepris aux niveaux national et international.

L'air, l'eau, la lumière et la chaleur filtrées du soleil, tous éléments indispensables à la survie de l'homme, se trouvent menacés d'une dégradation irréversible par l'activité humaine.

45. Sous la pression de telles contraintes, qu'elles soient liées à la protection de l'environnement, à la quête de la paix ou à tout autre objectif d'importance vitale pour la condition humaine[86], l'obligation de diligence raisonnable ou suffisante prend plus d'intensité et acquiert une dimension nouvelle[87]. Les dispositions qui sont prises en vue de protéger efficacement l'environnement doivent témoigner d'un égal souci de la situation particulière des différents Etats et de leur population. Tel est l'objet du principe 23 et d'autres dispositions de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement, mais les illustrations pratiques ne manquent pas. Par exemple, les propositions relatives aux objectifs et politiques de production dans la zone des fonds marins dont la troisième Conférence des Nations Unies sur le droit de la mer est saisie attachent une importance particulière à la nécessité

> De protéger les Etats en développement contre les effets défavorables que pourrait avoir sur leurs gains à l'exportation ou sur leur économie la baisse du cours d'un minéral figurant parmi ceux extraits de la Zone ou la réduction du volume de leurs exportations de ce minéral [...][88].

En outre, un système de compensation est envisagé « au bénéfice des pays en développement dont les gains à l'exportation ou l'économie se ressentiraient des effets défavorables [...][89] ».

46. En d'autres termes, le devoir de tenir compte de tous les intérêts en jeu peut être considéré comme découlant directement de l'obligation de diligence raisonnable — mais il peut aussi être considéré comme procédant d'un principe d'équité qui complète et éclaire l'exécution de cette obligation. On peut estimer que l'Etat qui se livre à une activité ayant, dans la pratique, des conséquences dommageables importantes au-delà de ses frontières ou qui autorise une telle activité, a — malgré toutes les précautions qu'il a pu prendre par ailleurs — manqué à son obligation de diligence s'il n'a pas institué (ou fait tout ce qu'il lui appartenait de faire pour instituer) un système d'indemnisation satisfaisant et accepté. Si ces conséquences dommageables surviennent dans des circonstances que même un Etat vigilant ne pouvait normalement envisager, l'équité peut cependant demander

---

[81] Voir ci-dessus note 24.

[82] Voir p. ex. la résolution 3129 (XXVIII) de l'Assemblée générale, du 13 décembre 1973, et le très intéressant rapport sur la coopération dans le domaine de l'environnement en matière de ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats, présenté au Conseil d'administration du PNUE par le Directeur exécutif en avril 1975 comme suite à cette résolution (UNEP/GC/44 et Add.1). Voir aussi les rapports du Groupe de travail intergouvernemental d'experts sur les ressources naturelles partagées par deux ou plusieurs Etats sur les travaux de ses deuxième et troisième sessions, tenues en septembre 1976 et janvier 1977 (UNEP/IG.3/3 et UNEP/IG.7/3). Voir aussi *supra* notes 8 et 9.

[83] Voir « Texte de négociation composite officieux/Révision 2 ». (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 et Corr.2 et 3).

[84] Voir notamment le premier rapport de M. Schwebel, rapporteur spécial (*Annuaire... 1979*, vol. II [1re partie], p. 151, doc. A/CN.4/320). Voir aussi les renseignements concernant la Conférence des Nations Unies sur l'eau (mars 1977) qui sont donnés dans le deuxième rapport de M. Schwebel (ci-dessus p. 178, doc. A/CN.4/332 et Add.1, par. 149 et suiv.).

[85] ECE/HLM.1/2, annexe I.

[86] A cet égard, il est à noter que l'Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe (août 1975) [*Acte final de la Conférence sur la sécurité et la coopération en Europe*, Helsinki, 1975, Lausanne, Imprimeries réunies] préfigurait déjà la Réunion à haut niveau, dans le cacdre de la CEE, sur la protection de l'environnement (novembre 1979) [ECE/HLM.1/2 et Add.1], lors de laquelle a été adoptée la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance.

[87] Voir *supra* par. 16. Voir aussi Dupuy, *op. cit.*, notamment p. 259 et suiv.

[88] « Texte de négociation composite officieux/Révision 2 » (A/CONF.62/WP.10/Rev.2 et Corr.2 et 3), art. 150, al. *g*.

[89] *Ibid.*, art. 151, par. 4.

que l'Etat qui est l'auteur des faits ou qui les a autorisés dédommage la victime innocente [90], mais d'autres considérations d'équité pourront l'emporter sur celle-là [91].

47. Le principe de l'équité joue parfois — en quelque sorte dans des conditions de laboratoire — dans des circonstances qui excluent l'illicéité [92], mais, même dans ce cas limite, l'équité intervient en tant que fonction de la règle primaire d'obligation, qui exige que la responsabilité soit appréciée eu égard aussi bien aux conséquences préjudiciables subies par la victime innocente qu'à la qualification des faits [93]. A l'autre extrême, il peut fort bien arriver qu'on s'en remette d'abord au droit interne pour la réparation des conséquences dommageables découlant d'activités que les communautés nationales adjacentes ont expressément ou tacitement accepté de tolérer, même si, dans un cas particulier, ces conséquences dommageables ont un caractère transnational [94]. D'ailleurs, les Etats peuvent toujours décider d'étendre l'application de telles dispositions, dans des conditions de réciprocité, à des catégories de cas qui sans cela pourraient engager immédiatement leur responsabilité internationale. Telle est par exemple la politique appliquée par l'OCDE en matière de pollution transfrontière [95].

48. Point n'est besoin, pour notre propos, d'étudier plus en détail le choix illimité des solutions juridiques qui s'offrent aux Etats pour régler leurs obligations mutuelles touchant des intérêts communs ou des activités qui ont ou peuvent avoir des effets préjudiciables au-delà de leurs frontières. Cependant, il peut être utile, pour mettre en lumière les principes généraux, d'évoquer deux types de modèle. Premièrement, dans les domaines très importants des utilisations pacifiques de l'énergie nucléaire et du transport maritime d'hydrocarbures, les mesures de sécurité et de surveillance arrêtées au niveau international ont été complétées par l'établissement d'un régime conventionnel réglant la question de la responsabilité en cas de dommages [96]. Dans ces deux cas, la responsabilité découle du dommage, et elle est attribuée à l'exploitant de l'installation ou du navire : la victime, qu'il s'agisse d'un gouvernement ou d'une personne privée, a un recours devant le tribunal interne compétent, et il est entendu que le défendeur renonce à toute immunité de juridiction qu'il aurait pu invoquer en d'autres circonstances; des mesures sont prévues pour assurer une réparation effective, mais la responsabilité maximale mise en cause par un événement donné est limitée. Dans le cas des conventions relatives aux dommages nucléaires, les gouvernements contractants se portent garants de l'indemnisation dans les limites de responsabilité fixées; dans celui des conventions relatives aux déversements d'hydrocarbures, il n'est pas prévu de participation gouvernementale aussi directe, mais certains gouvernements ont institué un fonds d'indemnisation international pour la prise en charge des préjudices susceptibles d'être encourus tant par les armateurs que par les victimes d'accidents [97].

49. Deuxièmement, dans les Règles d'Helsinki sur les utilisations des eaux des fleuves internationaux [98], qui régissent les droits et obligations réciproques des Etats d'un même bassin de drainage international, l'International Law Association a établi très tôt un modèle important de régime juridique applicable à des ressources partagées. Du point de vue du présent rapport, il est particulièrement intéressant que le principe d'utilisation équitable, qui fait l'objet de la règle énoncée à l'article IV, soit lié à l'obligation de réduire au minimum la pollution, énoncée à l'article X, et que ces deux règles générales soient elles-mêmes reliées à une longue liste non exhaustive de facteurs pertinents, figurant à l'article V [99]. Le commentaire de l'article IV insiste sur cette

---

[90] *Ibid.*, art. 59 :

« Dans les cas où la Convention n'attribue pas de droits ou de juridiction à l'Etat côtier ni à d'autres Etats à l'intérieur de la zone économique exclusive, et où un conflit surgit entre les intérêts de l'Etat côtier et ceux d'un ou de plusieurs autres Etats, ce conflit devrait être résolu sur la base de l'équité et eu égard à toutes les circonstances pertinentes, compte tenu de l'importance que les intérêts en cause présentent pour les parties respectives et pour l'ensemble de la communauté internationale. »

[91] *Cf.* Plateau continental de la mer du Nord, Arrêt : *C.I.J. Recueil 1969*, p. 50 :

« En réalité, il n'y a pas de limites juridiques aux considérations que les Etats peuvent examiner afin de s'assurer qu'ils vont appliquer des procédés équitables, et c'est le plus souvent la balance entre toutes ces considérations qui créera l'équitable plutôt que l'adoption d'une seule considération en excluant toutes les autres. De tels problèmes d'équilibre entre diverses considérations varient naturellement selon les circonstances de l'espèce. »

[92] Voir *supra* par. 29.

[93] *Cf.* Plateau continental de la mer du Nord, Arrêt : *C.I.J. Recueil 1969*, p. 48 :

« Néanmoins, lorsqu'on parle du juge qui rend la justice ou qui dit le droit, il s'agit de justification objective de ses décisions non pas au-delà des textes mais selon les textes, et dans ce domaine c'est précisément une règle de droit qui appelle l'application de principes équitables. »

[94] Voir *supra* par. 37 et note 64.

[95] Voir p. ex. recommandations sur les « principes relatifs à la pollution transfrontière » et sur « l'égalité d'accès en matière de pollution transfrontière », dans *L'OCDE et l'environnement*, Paris, OCDE, 1979, p. 117 et 124, respectivement.

[96] Une liste des conventions pertinentes figure dans la note 47.

[97] P. ex. Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 1971) [pour référence, v. ci-dessus note 47].

[98] Pour le texte original et intégral des Règles d'Helsinki, accompagné des commentaires, voir ILA, *Report of the Fifty-second Conference (Helsinki, 1966)*, Londres, 1967, p. 484. Une traduction française des Règles (à l'exception du chapitre IV [Navigation]) figure dans *Annuaire... 1974*, vol. II (2e partie), p. 396, doc. A/CN.4/274, quatrième partie, sect. C, 1.

[99] « *Article IV*

« Chaque Etat du bassin a, sur son territoire, un droit de participation raisonnable et équitable aux avantages que présente l'utilisation des eaux d'un bassin de drainage international. »

« *Article V*

« 1. Le sens de l'expression « participation raisonnable et équitable », à l'article IV, sera déterminé, dans chaque cas particulier, compte tenu de tous les facteurs pertinents.

« 2. Les facteurs pertinents à prendre en considération comprennent, sans toutefois s'y limiter, les facteurs suivants :

« *a*) La géographie du bassin, et en particulier la superficie du bassin de drainage se trouvant dans le territoire de chaque Etat du bassin;

(Suite de la note page suivante.)

considération fondamentale qu'à l'obligation de diligence prescrite pour la protection de l'environnement commun doit correspondre une obligation égale de protection de l'individualité et des besoins propres des Etats et des peuples intéressés [100].

50. Il nous faut, à la fin de ce chapitre, revenir sur la notion d'« intérêt légitime ». Dans l'*Affaire du lac Lanoux*, le tribunal arbitral a fait observer :

En réalité, les Etats ont aujourd'hui parfaitement conscience de l'importance des intérêts contradictoires que met en cause l'utilisation industrielle des fleuves internationaux, et de la nécessité de les concilier les uns avec les autres par des concessions mutuelles. La seule voie pour aboutir à ces compromis d'intérêt est la conclusion d'accords, sur une base de plus en plus compréhensive. La pratique internationale reflète la conviction que les Etats doivent tendre à conclure de tels accords ; il y aurait une obligation d'accepter de bonne foi tous les entretiens et les contacts qui doivent, par une large confrontation d'intérêts et par une bonne volonté réciproque, les mettre dans les meilleures conditions pour conclure des accords [101].

Néanmoins, le droit international ne va pas jusqu'à compromettre la souveraineté des Etats en assujettissant à un veto étranger la liberté d'action qui leur est indispensable à l'intérieur de leurs frontières [102], et, sauf en dernier recours, il évite d'imposer des règles prohibitives :

La France peut user de ses droits, elle ne peut ignorer les intérêts espagnols.

L'Espagne peut exiger le respect de ses droits et la prise en considération de ses intérêts.

En la forme, l'Etat d'amont a, en vertu de la procédure, un droit d'initiative, il n'est pas obligé d'associer à l'élaboration de ses projets l'Etat d'aval. Si, au cours des entretiens, l'Etat d'aval lui soumet des projets, l'Etat d'amont doit les examiner, mais il a le droit de préférer la solution retenue pas son projet, s'il prend en considération d'une manière raisonnable les intérêts de l'Etat d'aval [103].

(Suite de la note 99.)

« *b*) L'hydrologie du bassin, et en particulier la quantité d'eau fournie par chaque Etat du bassin ;

« *c*) Le climat du bassin ;

« *d*) L'utilisation antérieure des eaux du bassin, et en particulier leur utilisation actuelle ;

« *e*) Les besoins économiques et sociaux de chaque Etat du bassin ;

« *f*) La population tributaire des eaux du bassin dans chaque Etat du bassin ;

« *g*) Les coûts comparatifs d'autres moyens permettant de répondre aux besoins économiques et sociaux de chaque Etat du bassin ;

« *h*) La disponibilité d'autres ressources ;

« *i*) La nécessité d'éviter tout gaspillage inutile dans l'utilisation des eaux du bassin ;

« *j*) La possibilité de verser des indemnités à un ou plusieurs des autres Etats du bassin en tant que moyen de régler les conflits pouvant s'élever au sujet des utilisations ; et

« *k*) La mesure dans laquelle les besoins d'un Etat du bassin peuvent être satisfaits sans qu'un autre Etat du bassin ait à souffrir de dommages importants.

« 3. L'importance à donner à chacun de ces facteurs sera déterminée en fonction de son importance par rapport aux autres facteurs pertinents. Pour déterminer ce qu'il faut entendre par « participation raisonnable et équitable », il faudra tenir compte de tous les facteurs pertinents et formuler une conclusion sur la base de l'ensemble de ces facteurs. »

« *Article X*

« 1. Conformément au principe d'utilisation équitable des eaux d'un bassin de drainage international, un Etat

« *a*) Est tenu de prévenir toute nouvelle forme de pollution des eaux ou toute augmentation du degré de pollution existant d'un bassin de drainage international qui risquerait de causer un dommage important au territoire d'un autre Etat du bassin ; et

« *b*) Doit prendre toutes les mesures raisonnables pour réduire la pollution existante des eaux d'un bassin de drainage international de manière à ne causer aucun dommage important au territoire d'un autre Etat du bassin.

« 2. La règle énoncée au paragraphe 1 du présent article s'applique à la pollution des eaux qui a son origine :

« *a*) Dans le territoire de l'Etat ; ou

« *b*) En dehors du territoire dudit Etat, si elle est causée par les activités de cet Etat. »

[100] ILA, *op. cit.*, p. 487 :

« Toute utilisation par un Etat du bassin doit tenir compte des besoins économiques et sociaux d'utilisation des eaux par les autres Etats du bassin, et inversement. [...] Pour mériter d'être protégée, une utilisation doit être *bénéfique*, c'est-à-dire qu'elle doit être économiquement ou socialement utile, par opposition, par exemple, à une dérivation des eaux à laquelle procéderait un Etat à seule fin de harceler un autre Etat.

« Une *utilisation bénéfique* n'est pas nécessairement l'utilisation la plus productive qui puisse être faite des eaux, et n'implique pas non plus l'obligation d'avoir recours aux méthodes les plus efficaces connues pour éviter le gaspillage et assurer une utilisation maximale. [...] la présente règle n'a pas pour objet d'encourager le gaspillage, mais de soumettre les Etats à une obligation d'efficacité qui soit en rapport avec leurs ressources financières. » [Tr. du Secrétariat.]

[101] Nations Unies, *Recueil des sentences arbitrales*, vol. XII *(op. cit.)*, p. 308.

[102] Voir sentence du tribunal arbitral dans l'Affaire du lac Lanoux, *ibid.*, notamment p. 306 et 307.

[103] *Ibid.*, p. 316.

CHAPITRE IV

Nature et portée du sujet

A. — Nature du sujet

51. De la matière réunie dans les chapitres précédents, on devrait pouvoir dégager l'ossature du sujet, dont l'adéquation peut être vérifiée à titre préliminaire par référence à la conduite des Etats telle qu'elle se manifeste et aux besoins et aux désirs qu'ils expriment. Tout d'abord, le titre actuel de l'étude indique clairement l'essence même du sujet. La responsabilité qu'il s'agit d'étudier ne procède pas de l'illicéité : elle ne peut donc procéder que de règles d'obligation primaires [104]. Toute conclusion dans un sens différent aurait pour effet d'écarter les principes de la responsabilité des Etats tels que la Commission les a interprétés et développés : le prix d'une semblable infi-

[104] Voir *supra* par. 19 à 25.

délité serait astronomique. C'est en partie la crainte de devoir assumer un tel prix qui nourrit la résistance à des théories nouvelles de la responsabilité, qu'il s'agisse de la responsabilité « pour risque » ou de la responsabilité « sans faute » [105].

52. En second lieu, le principe qui fonde l'obligation primaire est de la même nature transcendante que le principe selon lequel les obligations conventionnelles doivent être respectées. Tout univers régi par le droit présuppose que la liberté de chacun de ses sujets est limitée par un égal respect pour les libertés des autres sujets. En définitive, c'est par rapport à cette norme — qu'exprime l'adage *sic utere tuo ut alienum non laedas* — qu'il faut apprécier l'étendue et la force des obligations d'un Etat. Si l'on considère que les règles secondaires — qui en réalité sont totalement neutres — remplissent cette fonction, on risque fort de constater un décalage fatal entre l'étendue des droits d'un Etat et celle de ses obligations corrélatives [106]. On élabore de temps à autre de nouvelles théories de la responsabilité pour tenter de remédier à ce décalage. Dans le même esprit, certains auteurs éminents considèrent que les questions d'attribution relèvent du domaine des règles primaires particulières qu'elles accompagnent plutôt que du domaine général des règles secondaires [107].

53. Selon la classification plus classique adoptée par la Commission, c'est la règle primaire qui détermine la force d'une obligation. Ainsi, le Rapporteur spécial sur la responsabilité des Etats (première partie), M. Ago, observe :

> [...] les obligations internationales de prévention d'un événement peuvent avoir une origine coutumière ou conventionnelle, et leur contenu ainsi que le degré de prévention requis peuvent être très variables. A la rigueur, il n'est pas exclu que certaines d'entre elles soient absolues. Il est d'autre part évident que la protection de simples particuliers étrangers requiert un degré de prévention moindre que celle de personnes jouissant d'une protection particulière [108].

Les règles secondaires doivent donc être appliquées par référence au contenu de la règle primaire pertinente si l'on veut donner tout son sens à cette règle primaire.

54. En troisième lieu, l'évolution qui est à l'origine, au XXe siècle, de la création d'une organisation mondiale et d'une multitude d'autres formes de coopération intergouvernementale organisée est aussi à la source d'innombrables situations de conflit effectif ou virtuel entre des Etats dont chacun défend un droit ou un intérêt légitime [109]. Dès lors, le décalage que l'on a signalé au paragraphe précédent revêt dans la pratique une importance majeure. Les pressions qui s'exercent sur ce que l'on pourrait appeler la « vie privée » des Etats provoquent la réaffirmation par le législatif et le judiciaire de leur souveraineté inaliénable, mais aussi la multiplication des avertissements rappelant que le droit de vivre en liberté suppose le respect des droits et des libertés d'autrui. Par exemple, l'arrêt rendu dans l'*Affaire du détroit de Corfou* et la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement — pour se borner à citer deux textes notoires, dont l'un est d'origine judiciaire et l'autre émane d'une assemblée de caractère législatif — préservent soigneusement l'équilibre entre ces deux aspects [110].

55. En quatrième lieu, à mesure que les Etats prennent mieux conscience et se préoccupent plus volontiers de la nécessité de maintenir cet équilibre précaire entre la liberté et la licence, le degré d'attention qu'ils se doivent mutuellement risque de s'accroître. Par exemple, même si la Convention sur la pollution atmosphérique transfrontière à longue distance contient une note, au demeurant révélatrice d'un certain embarras, où l'on précise que la convention n'énonce aucune règle quant à la responsabilité, le texte même de cet instrument et les déclarations concordantes des chefs de délégation à la réunion de haut niveau lors de laquelle la convention a été adoptée ont en réalité l'effet général d'un engagement mutuel de respecter des normes de vigilance plus élevées [111]. Sous l'influence de telles forces novatrices, qu'elles procèdent ou non d'instruments conventionnels, on peut parfois, pour apprécier s'il s'agit d'une responsabilité pour fait illicite, substituer au critère de la connaissance effective d'une source de danger, retenu dans l'*Affaire du détroit de Corfou*, celui qui consiste à rechercher si le défaut de connaissance est compatible avec la norme obligatoire de diligence due. Il se peut même que la norme soit vidée de tout élément subjectif par l'apparition d'une règle selon laquelle un niveau de pollution donné ou tout autre dommage constitue une présomption — voire une preuve décisive — de l'existence d'un fait illicite [112].

56. Néanmoins, le besoin qu'ont les Etats de voir respecter de façon habituelle des normes plus strictes trouvant ses limites dans leur réticence à admettre qu'un manquement accidentel à ces normes puisse entraîner automatiquement l'existence d'un fait illicite, ils peuvent aussi décider de créer une « zone intermédiaire ». Ainsi les Etats sont-ils convenus, dans la Convention de 1971 sur la responsabilité internationale pour les dommages causés par des objets spatiaux, non pas que l'atterrissage accidentel d'un objet spatial sur le territoire d'un autre Etat sera illicite, mais qu'il donnera naissance à une obligation d'indemniser pour toute conséquence dommageable qui aura été infligée [113]. Ce mode d'approche présente plusieurs avantages. D'abord, il est conforme à l'obligation (soulignée, par exemple, dans la sentence arbitrale rendue dans l'*Affaire du lac Lanoux*) selon laquelle les Etats exerçant une activité susceptible d'avoir des conséquences dommageables d'incidence transnationale doivent tenir raisonnablement compte des intérêts et des désirs des autres Etats qui risquent d'être lésés [114]. Ensuite, elle lave de tout caractère illicite une activité jugée bénéfique dès lors qu'elle est correctement réglementée, nonobstant la persistance d'un certain risque qu'elle cause un préjudice accidentel. Enfin, elle devrait

[105] Voir *supra* par. 15 à 17.

[106] Voir *supra* par. 26 à 28.

[107] Voir *supra* par. 24.

[108] *Annuaire... 1978*, vol. I, p. 10, 1477e séance, par. 5.

[109] Voir *supra* par. 32 à 38.

[110] Voir *supra* par. 36 et 42.

[111] Voir *supra* par. 5 et 7.

[112] Voir Dupuy, *op. cit.*, p. 259 à 274.

[113] Voir *supra* par. 21 et note 34.

[114] Voir *supra* par. 50 et note 101.

faciliter un règlement équitable, efficace et amiable de toute question de responsabilité qui pourrait surgir.

57. Un tel régime doit se construire sur la base de l'égalité des droits et des obligations qui découle du principe 21 de la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement [115] comme de tout autre énoncé de l'adage *sic utere tuo ut alienum non laedas.* Il n'existe en principe aucune raison interdisant que la norme d'obligation soit une norme absolue; d'ailleurs, une telle norme est la seule qui réponde au caractère universel de la souveraineté de l'Etat et au caractère exclusif de sa juridiction sur son territoire, sur ses navires et aéronefs et sur les activités de ses ressortissants, en dehors des limites de la compétence territoriale de tout Etat. En outre, comme nous l'avons déjà vu, une norme d'obligation aussi exigeante ne contredit ni les principes de la responsabilité des Etats ni la tendance contemporaine à énoncer des règles primaires détaillées ne laissant subsister aucune marge d'appréciation. Elle est conforme également à la conclusion de la Commission selon laquelle les circonstances qui excluent l'illicéité d'un fait ou d'une omission n'empêchent pas nécessairement qu'ils donnent lieu à une obligation de réparer [116]. Les principaux obstacles à la formulation des règles d'obligation en vigueur et à l'acceptation de règles nouvelles ne sont pas de nature doctrinale, mais tiennent à la complexité du sujet.

58. Cependant, c'est cette complexité même qui incite principalement à élaborer des régimes réglant la conduite et les modalités de la responsabilité dans le cas d'activités non interdites, plutôt qu'à multiplier les interdictions [117]. Normalement, les intérêts des parties à une négociation sur ce point ne devraient pas être antagonistes. La plupart des Etats qui sont exposés aux dangers des déversements d'hydrocarbures en mer sont en même temps tributaires — en tant que consommateurs, producteurs ou transporteurs, ou en ces trois qualités — des transports maritimes d'hydrocarbures, et la limitation de la responsabilité par incident peut être considérée comme un prix raisonnable à payer en échange de la certitude d'être indemnisé dans les limites fixées et de l'atténuation des charges financières qui pèsent sur l'industrie [118]. La plupart des Etats qui ont eu à souffrir d'un problème transnational de pollution atmosphérique à courte distance d'origine industrielle contribuent eux-mêmes à la pollution dont ils sont victimes en même temps que leurs voisins, et ils ont intérêt à élargir la zone où s'appliquent des mesures de réparation uniformes [119]. Là où il existe un plan d'action qui se prête à une application uniforme par l'intermédiaire des tribunaux nationaux, les divers intéressés en cause devraient être également satisfaits d'échapper aux procédures moins structurées de la négociation de gouvernement à gouvernement dans le cas de chaque incident particulier, et le régime qui en résulte peut, dans une certaine mesure, contribuer à la réalisation de l'idéal moniste de l'unicité du droit international et du droit national [120].

59. Là où les intérêts sont dissemblables, l'obligation de diligence, guidée et complétée par la notion d'équité, doit tenir compte de la validité des situations humaines existantes aussi bien que de la nécessité d'économiser les ressources. Si les faits ou omissions d'un Etat causent des dommages sur le territoire d'un autre Etat dans des circonstances qui excluent l'illicéité, il peut néanmoins subsister à la charge du premier Etat une obligation résiduelle de réparer le préjudice subi par le second [121]. Cependant, selon les circonstances de fait et les éléments de catastrophe commune, il peut être plus conforme à l'équité soit de partager les dommages soit de les laisser à la charge de la victime. Si les progrès de la science et de la technique mettent en évidence les conséquences néfastes de pratiques industrielles établies et offrent des solutions meilleures, il peut être pleinement conforme à l'équité que des Etats ayant un intérêt commun subventionnent ceux d'entre eux sur lesquels les charges de rééquipement pèsent le plus lourdement. De même, il peut être juste qu'un Etat d'aval contribue aux dépenses d'un aménagement en amont qui réduit le risque d'inondations. Quand il existe un intérêt international à préserver une ressource ou un agrément situé à l'intérieur des frontières d'un ou de plusieurs Etats, l'équité peut commander un partage des charges autant que des avantages.

60. En résumé, la notion variable de « préjudice » est au centre même des travaux de rédaction des règles relatives à la responsabilité des conséquences préjudiciables découlant d'activités qui ne sont pas interdites par le droit international [122]. Si un Etat subit un dommage appréciable, on considère raisonnablement qu'il est exposé à un danger appréciable, né au-delà de ses frontières, dû à des faits ou omissions d'autres Etats, il se crée une nouvelle relation juridique qui oblige les Etats concernés à tenter de bonne foi de parvenir à un accord sur la réalité du dommage ou du danger et sur les mesures adaptées à la situation qui permettront de le réparer ou de le supprimer. Un Etat dans la juridiction duquel un tel dommage ou danger a son origine ne peut à bon droit refuser sa coopération au motif que la cause du danger échappait ou échappe à sa connaissance ou à son contrôle. Si ledit dommage ou danger ne résulte pas d'un manquement à une obligation internationale déterminée, l'Etat victime du dommage ou exposé au danger n'est fondé à exiger aucune restriction de la liberté d'action d'un autre Etat dans les affaires se situant dans la juridiction de cet Etat, à l'exception du minimum nécessaire pour assurer la réparation et la suppression du dommage ou du danger, compte tenu de tous les intérêts rivaux en présence, dont certains peuvent être bénéfiques.

---

[115] Voir *supra* note 17.

[116] Voir *supra* par. 30.

[117] Voir *supra* par. 42 et suiv.

[118] Cf. Convention internationale sur la responsabilité civile pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 1969) et Convention internationale portant création d'un fonds international d'indemnisation pour les dommages dus à la pollution par les hydrocarbures (Bruxelles, 1971) [pour références, v. ci-dessus note 47].

[119] Voir les recommandations de l'OCDE citées à la note 95.

[120] Voir p. ex. chacun des régimes cités dans les deux notes précédentes.

[121] Voir *supra* par. 29 et par. 47.

[122] Voir notamment *supra* par. 38.

61. Bien que le présent rapport préliminaire n'offre qu'une première approximation de la matière dont il traite, le Rapporteur spécial pense que l'exposé qui figure au paragraphe précédent est dans l'ensemble conforme aux éléments de la pratique des Etats en vigueur et aux déclarations d'intention solennelles de la communauté internationale, depuis les buts et objectifs proclamés par la Charte des Nations Unies et l'énoncé du principe de bon voisinage de la Conférence afro-asiatique tenue à Bandung en 1955 [123], jusqu'à la Déclaration de la Conférence des Nations Unies sur l'environnement [124] et à la Charte des droits et devoirs économiques des Etats [125]. On peut aussi considérer que cet exposé marque le passage de l'obligation de vigilance raisonnable ou de diligence due, applicable dans le contexte relativement limité du règlement des différends entre Etats, aux exigences plus complexes d'intérêts communautaires interdépendants. On n'a pas jugé nécessaire dans le présent rapport d'invoquer les analogies tirées du droit interne, car elles tendent à être, soit d'une généralité telle qu'elles ont déjà pénétré dans le droit international par le biais de l'équité ou sous la forme de principes généraux, soit d'une telle spécificité que leur influence ne se fait sentir qu'au stade de l'élaboration d'un régime particulier. Néanmoins, on se doit de reconnaître que le thème de l'interdépendance entraîne nécessairement l'application au niveau international des résultats de l'expérience et du sens des valeurs acquis par les Etats dans la gestion de leurs propres affaires.

B. — Portée du sujet

62. Il semble plus approprié de réserver l'étude approfondie de la portée du sujet pour le deuxième rapport, de manière que le Rapporteur spécial puisse tenir compte de l'opinion des membres de la CDI sur le présent rapport préliminaire avant d'organiser la suite de ses travaux. Il convient néanmoins d'attirer d'ores et déjà l'attention de la Commission sur un certain nombre de questions générales. Tout d'abord, le titre du sujet est abstrait et totalement général. Son sens et celui des termes qui y sont employés ont été examinés au chapitre Ier; on y a fait observer qu'en pratique le sujet a toujours été étudié dans le contexte particulier des risques environnementaux [126]. Dans le présent rapport, on a offert des exemples tirés du domaine de l'environnement, mais on s'est aussi efforcé de montrer que le principe qui inspire le titre du sujet ne se limite pas à ce domaine [127]. De l'avis du Rapporteur spécial, la Commission n'est pas invitée ici à adhérer à des principes nouveaux ni à transformer des exceptions conventionnelles en règles générales : il s'agit pour elle de développer des principes existants, de bon aloi et de caractère très général, afin de répondre à un besoin nouveau. Pour y parvenir, elle a déjà l'avantage de pouvoir s'appuyer sur une pratique considérable des Etats.

63. D'autre part, en recherchant les principes applicables, on a mis au premier plan — en particulier dans le chapitre II du présent document — les rapports entre la responsabilité pour faits illicites et la responsabilité pour des faits qui ne sont pas interdits par le droit international. Toute obligation peut être enfreinte; dès lors, toutes les obligations — y compris celles qui mettent en jeu, en cas de conséquences dommageables, la responsabilité de l'auteur de faits non interdits — relèvent en définitive du régime de la responsabilité pour fait illicite. Un régime de responsabilité pour des faits non interdits n'est pas censé tracer la ligne de démarcation entre le fait licite et le fait illicite : il se borne à déterminer les conditions auxquelles la coutume ou le droit conventionnel permettent d'exclure le caractère illicite. On ne peut cependant dire que les régimes de responsabilité pour faits non interdits empiètent sur certains domaines où les Etats seraient sans cela libres de toute obligation. Au contraire, ils élargissent précisément le domaine de liberté relative en conciliant et en harmonisant des intérêts et des activités concurrents sans recourir à l'interdiction.

64. Indirectement donc, les régimes de responsabilité pour faits non interdits peuvent contribuer dans une

---

[123] Indonésie, Ministère des affaires étrangères, *Asian-African Conference Bulletin No. 9*, Djakarta, 1955, p. 2. Texte français dans : Algérie, Ministère des affaires étrangères, *IIe Conférence des pays afro-asiatiques, I. — Textes et documents*, Alger, 1965, p. 11. La Déclaration sur les mesures en faveur de la paix et de la coopération mondiale contient le passage suivant :

« Libérées de la méfiance, de la crainte, faisant preuve de bonne volonté mutuelle, les nations devraient pratiquer la tolérance, vivre en paix dans un esprit de bon voisinage et développer une coopération amicale sur la base des principes suivants [...] » (*ibid.*, p. 18).

[124] Voir *supra* notes 17 et 24.

[125] Adoptée par l'Assemblée générale par sa résolution 3281 (XXIX). Voir en particulier l'article 30, ainsi libellé :

« La protection, la préservation et la valorisation de l'environnement pour les générations présentes et futures sont la responsabilité de tous les Etats. Tous les Etats s'efforceront d'arrêter leurs propres politiques en matière d'environnement et de développement conformément à cette responsabilité. La politique écologique de tous les Etats devrait avoir pour effet de renforcer le potentiel de développement actuel et futur des pays en voie de développement et ne devrait pas y porter atteinte. Tous les Etats ont la responsabilité de veiller à ce que les activités menées dans les limites de leur juridiction ou sous leur contrôle ne nuisent pas à l'environnement d'autres Etats ou de zones situées au-delà des limites de leur juridiction nationale. Tous les Etats devraient coopérer à la mise au point de normes et d'une réglementation internationales en matière d'environnement. »

[126] Voir *supra* par. 3 et 4.

[127] Dans son cours général de 1960, Sørensen a examiné très longuement les limites à la souveraineté des Etats (*loc. cit.*, p. 5). Il a notamment recherché les éléments de la responsabilité pour le traitement des étrangers, mentionné au paragraphe 29 du présent rapport. Il a admis, plus facilement que certains auteurs éminents, que « malgre ces incertitudes et difficultés, il paraît justifié de conclure que l'exercice de la compétence territoriale de l'Etat est subordonné à un principe de bon voisinage international » (*ibid.*, p. 198), mais a conclu que ce principe était dans une certaine mesure autorestrictif :

« Le préjudice d'ordre économique causé à l'Etat voisin par un changement de politique commerciale d'un Etat, par le développement de ses ressources, par le perfectionnement de ses voies de communications, etc., appartient aux vicissitudes de la vie, contre lesquelles le droit international ne protège aucunement, à moins qu'il n'existe entre les parties des engagements contractuels prévoyant de telles éventualités. » (*Ibid.*, p. 195.)

L'évolution intervenue depuis 1960 — et, plus particulièrement peut-être, l'adoption par l'Assemblée générale de la Charte des droits et devoirs économiques des Etats — appellerait certainement une révision de cette opinion.

mesure importante à déterminer, dans un cas précis, la limite entre ce qui est licite et ce qui ne l'est pas. Une première mention de ces incidences plus vastes semble s'imposer parmi les moyens d'apprécier la validité du présent sujet et ses rapports avec d'autres. Cela étant fait, il semble qu'il ne soit pas nécessaire d'opérer, dans les rapports à venir, des comparaisons approfondies entre le régime de la responsabilité pour faits illicites et celui de la responsabilité pour faits non interdits. Conformément à la logique interne du présent sujet, les Etats ont l'obligation de rechercher le contenu spécifique du critère du « préjudice » chaque fois que le cas se présente et de régler leur conduite en conséquence — comme on l'a exposé au chapitre III.

65. Si la Commission et l'Assemblée générale admettent que le présent sujet porte essentiellement sur l'élaboration de règles primaires d'obligation et qu'il est principalement et directement lié à l'évolution du droit de l'environnement, elles voudront peut-être aussi convenir expressément de limiter la portée du sujet en se conformant à la recommandation du groupe de travail créé par la Commission à sa trentième session, en 1978, suivant laquelle :

> [Le sujet] concerne la manière dont les Etats utilisent leur environnement physique ou en gèrent l'utilisation, soit sur leur propre territoire soit dans des zones qui ne relèvent de la souveraineté d'aucun Etat. [Il] concerne aussi les conséquences préjudiciables que cette utilisation ou cette gestion peuvent entraîner sur le territoire d'autres Etats ou à l'égard des ressortissants et des biens d'autres Etats dans des zones situées au-delà des limites de toute juridiction nationale. [...] [128].

On pourrait alors envisager de modifier l'intitulé du sujet en conséquence, de manière qu'il rende compte plus modestement et plus concrètement du champ réel de l'étude à entreprendre.

---

[128] *Annuaire... 1978*, vol. II (2e partie), p. 168, doc. A/33/10, chap. VIII, sect. C, annexe, par. 13.